案例评析系列

赵秉志 / 主编

中国疑难刑事名案法理研究 第四卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

许霆案件的法理争鸣

Legal Discussions on Xu Ting Case



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

案例评析系列

赵秉志 / 主编

中国疑难刑事名案法理研究 第四卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

许霆案件的法理争鸣

Legal Discussions on Xu Ting Case



刑事司法裁判的不稳定性从来没有像今天这样表现得如此明显，但是，这种变动却不能采取猛烈的兴废方式进行，而应以一种悄无声息的、渐进的方式进行。这种刑法渐变的征象，首先显现在刑事司法裁判的不确定性上。在这样一个时代背景下研究我国刑事司法裁判现象的时候，我们发现，也许是机缘巧合，许霆案当仁不让地成就了这一特定的社会历史背景下司法裁判现象的一极佳的研究标本。

——赵秉志

客观地说，本案作为盗窃罪确有不同于常见的一般盗窃的特点，这也是引起激烈争论的重要原因。但是，如果我们不是只看形式，而是准确把握盗窃罪构成的实质特征，则完全可以得出许霆犯盗窃罪的结论。

——王作富

在某种意义上说，许霆案激活了特殊减轻制度，这是在许霆案改判以后，在获得个案公正以外在制度层面的另类收获。当然，特殊减轻制度在具体适用上仍然存在可议之处。

——陈兴良

可以认为，起初对许霆判处无期徒刑，是因为不明确减轻处罚的根据，也缺乏减轻处罚的意识；后来对许霆判处5年徒刑，则是由于没有掌握或者没有说明减轻处罚的方法。

——张明楷

一个案例或判例引起广泛讨论，其实是社会生活向法律制度提出的挑战，而对这种挑战的回应就在不断地推动法制建设的进步。生活之树常青，法律制度也在这一过程中随生活之树常青而常青。所以，我不觉得许霆案有什么值得大惊小怪的，也不认为我们的刑法制度出了什么大问题，长时间没有一个判例触动法律的神经反倒不正常了，不是社会生活停滞不前就是社会大众麻木不仁。

——阮齐林

行为人用自己的卡在取款机取款时，既未在卡上做手脚，也未在取款机上做手脚，完全是按照正常和正当程序操作。这说明他没有实施法律明确规定的盗窃手段，也就是说并未有秘密窃取的行为。虽然他具有占有这笔不义之财的动机和结果，但是依照罪刑法定原则，认定为盗窃罪显然是勉强的。

——田文昌

ISBN 978-7-301-14686-6

定价：56.00元

京师刑事法文库 ㊵

中国疑难刑事名案法理研究 第四卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

许霆案件的法理争鸣

Legal Discussions on Xu Ting Case

主编 / 赵秉志

主编助理 / 袁 彬 彭新林

编委会

顾问 / 高铭暄 王作富

主任 / 赵秉志

副主任 / 陈兴良 莫洪宪

委员

（按姓氏音序为序）

陈忠林 冯亚东 黄 风 李 洁

林亚刚 刘宪权 卢建平 阮齐林

田文昌 王仲兴 张明楷 赵国强

北京大学出版社

PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国疑难刑事名案法理研究(第四卷)·许霆案件的法理争鸣/赵秉志主编.—北京:北京大学出版社,2008.12

(案例评析系列)

ISBN 978-7-301-14686-6

Ⅰ.中…　Ⅱ.赵…　Ⅲ.刑事犯罪-案例-分析-中国　Ⅳ.D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第188320号

书　　　　名:中国疑难刑事名案法理研究(第四卷)·许霆案件的法理争鸣

著作责任者:赵秉志　主编

责 任 编 辑:肖　菊

标 准 书 号:ISBN 978-7-301-14686-6/D·2212

出 版 发 行:北京大学出版社

地　　　　址:北京市海淀区成府路205号　100871

网　　　　址:http://www.pup.cn　电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电　　　　话:邮购部62752015　发行部62750672　编辑部62117788
出版部62754962

印　刷　者:北京飞达印刷有限责任公司

经　销　者:新华书店

730毫米×980毫米　16开本　31印张　507千字

2008年12月第1版　2008年12月第1次印刷

定　　　　价:56.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024　电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

关注典型案件 促进法治进步（代 序）

一度引起社会广泛关注的“许霆利用 ATM 机技术故障取款案”（简称“许霆案”），随着 2008 年 8 月 20 日最高人民法院复核裁定的作出而尘埃落定。但是，作为中国法治建设领域的一个典型性案件，许霆案的影响却将是长期而深远的。这不仅因为许霆案获得了广大民众、媒体、专家和学者的热切关注，也不仅因为许霆案对我国刑事立法和刑法理论发展所可能引发的积极推动，更为重要的是，许霆案启发了民众的法治观念、权利意识和正义态度。许霆案的解决已经不是一个简单的刑事司法技术问题，而是民意、司法和立法等多方演绎的结果。深入研究许霆案的相关法理问题，不仅具有重要的理论价值，而且富有深远的实践意义。

作为我国刑事法学研究的专业团体和专门性学术研究机构，中国法学会刑法学研究会和北京师范大学刑事法律科学研究院一直以来都十分关注中国刑事法治建设领域的重大事件、注重研究刑事司法实践中的典型案件。对这些典型案件的深入研究，不仅丰富了我国刑法学研究的内容，促进了刑法学相关理论的发展，而且对进一步推动我国刑事司法、立法和刑事法治建设的发展起到了积极作用。为了深入研究许霆案的相关法理问题，进一步促进我国刑事法学理论和刑事立法司法的发展，中国法学会刑法学研究会和北京师范大学刑事法律科学研究院经协商和研究，决定在以往双方诸多合作的基础上，再共同编辑出版这本《许霆案件的法理争鸣》，并结合北京师范大学刑事法律科学研究院编辑出版的系列著作《中国疑难刑事名案法理研究》出版。

本书围绕许霆案的法理问题，收录了 40 余篇较有分量的研究论文。这些研究论文，除了少部分已经公开发表外，多数论文都是尚未公开发表的新作。这些论文的作者，既有对许霆案有着深入思考的年青学者，也有始终关注刑法实践、关注许霆案件发展的刑法学界前辈和著名学者。他们深厚的学术功底、敏锐的分析视角，为我们提供了一场丰盛的学术盛宴。

综观全书，我们可以发现，本书在内容上有一个鲜明的特点，那就是它不仅关注许

霆行为的定罪量刑问题，注重对许霆案件的延伸思考，而且注重从多维的视角研究许霆案所引发的刑事法治问题。全书在内容上共分“罪刑探讨”、“定罪争鸣”、“量刑聚焦”、“多维视角”和“附录”五部分。其中，“罪刑探讨”部分收录的是既探讨定性又研究量刑的论文。这些论文对许霆行为是否成立盗窃罪、是否属于盗窃金融机构、应否适用特殊减轻程序以及如何适用特殊减轻程序进行了较为全面且深入的思考。“定罪争鸣”部分收录的是专门探讨许霆案定性的文章，其中又有两种截然对立的立场：一是有罪论，二是无罪论。持有罪论的学者认为许霆的行为已经构成犯罪，但在构成的具体罪名上又有盗窃罪、诈骗罪和侵占罪等争论。持无罪论的学者则认为，根据罪刑法定原则，许霆的行为只是一种民事上的不当得利行为，不构成刑法上的犯罪。有罪论者与无罪论者的两种立场针锋相对，引人深思。“量刑聚焦”部分收录了专门研究许霆案量刑问题的文章。这些论文分别从我国刑法配置刑罚的特点、我国刑法中的特殊减轻制度、期待可能性理论以及影响许霆案量刑的原因等角度，对许霆案的量刑问题进行了深入研究。其中，既有对许霆案适用特殊减轻制度的肯定，也有对许霆案适用特殊减轻制度后减轻幅度的反思，还有对我国特殊减轻制度完善的有益建议。“多维视角”部分是对许霆案件的延伸思考。该部分收录的是从不同视角或学科研究许霆案的文章。在这些论文中，有从社会学、刑事政策学的视角对许霆案定罪量刑问题进行的分析，也有对许霆案引发的刑事裁判不确定性现象、最高人民法院的作为、网络犯罪、法律思维、公民的法律假定以及民意对定罪量刑的影响等问题的深入思考。“附录”部分所附的是许霆案的法律文书、对许霆案已有研究成果的综述以及其他相关材料。

可以说，本书的整体设计，既注重许霆案的刑法学思考，着力解决许霆案的定罪量刑问题，又不囿于案件本身，积极挖掘案件背后的法治元素，对案件所引发的深层问题进行了深入的分析和探讨。我们相信，本书一定会有助于我们更全面、深入地了解许霆案件所涉及的实体与程序、立法与司法等问题，也会有助于我们更深刻地理解许霆案件的深远意义。

法治是一个长期渐进的过程。也许在中国法治发展的历史长河中，许霆案只不过是微泛涟漪，仅是其中泛起的一朵小浪花。但是，“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。”对国家宏观法治构建而言，许霆案已由一个普通刑事个案上升为我国法治建设领域的公共事件，其所引发的民众对微观正义的激辩及其所塑造的公民对正义的态度，仍然具有十分深远的意义。而也正是这一个个极富现代法治意义的典型案件，不断地助力于我国现代法治建设的发展，也推动着我国刑事法治建设稳步前进。从这个角度看，许霆案也不失为一种经典。我们也期待本书的出版能够为我国刑事法治建设的发展贡献绵薄之力。

最后,我们要衷心感谢北京大学出版社有关领导和第五图书事业部主任蒋浩先生对本书出版的鼎力支持,也衷心感谢责任编辑为本书所付出的辛勤劳动,正是他们的支持和帮助保证了本书的及时出版。

中国法学会刑法学研究会会长
北京师范大学刑事法律科学研究院 院长 **赵秉志教授 谨识**

2008 年 12 月

目　录

【罪刑探讨】

许霆构成盗窃罪 …………………………………………………… 王作富　1
关于许霆案件的法理问题思考 ……………………… 赵秉志　彭新林　4
许霆案的法理分析 …………………………………………………… 陈兴良　40
许霆案的定罪与量刑…………………………………………………… 张明楷　43
许霆案的法理分析 …………………………………………………… 林亚刚　46
科学定罪与艺术量刑
——许霆案折射的刑法问题 ……………………… 王秀梅　杜　澎　56
关于许霆案定罪与量刑问题的思考
——以银行自动柜员机系统错误为切入点 ………… 利子平　周建达　65
许霆恶意取款案的定罪量刑模式视角解读 ………………… 汪明亮　78
许霆案争点综评与思考 …………………………………………… 孔　静　90

【定罪争鸣】

许霆案件之定性:一种犯罪论体系视野的分析 ………………… 冯亚东　100
许霆案:中外对比并不都恰当 …………………………………… 刘宪权　103
ATM 机的故障不足以阻却许霆的刑事责任 ………………… 赵　微　108
许霆案定性的理性思考 ………………………………… 王志祥　姚　兵　113
许霆恶意取款案定性问题的法理思考 ………………………… 孟庆华　126
罪责刑均衡原则之定罪功能探
——从许霆案定罪量刑的纷争引出的思考 ………… 阮方民　徐杰理　136
许霆案的初步思考………………………………………… 马长生　李莎莎　148

ATM 机上非正常取款行为的刑法学分析
——以许霆案为分析背景 …… 董玉庭 155
许霆案断想 …… 郭理蓉 171
许霆的行为不构成犯罪 …… 王仲兴 175
许霆的行为不宜认定为犯罪 …… 莫洪宪 193
许霆取款案的理论解读 …… 侯国云 198
"许霆案"的行为性质认定和法理思考 …… 杨兴培 208
民事违法转化为犯罪须具备法定特别要件 …… 黄 风 222
许霆案的启示 …… 赵国强 225
许霆案的定性与盗窃罪的行为要件 …… 夏 勇 231
"许霆案"浅析 …… 田文昌 251
也谈许霆案件 …… 孙 平 254
许霆案之规范评析与法理探讨 …… 杨海威 胡祥福 258

【量刑聚焦】

许霆案的另类收获:特殊减轻制度的激活 …… 陈兴良 265
许霆案减轻处罚的思考 …… 张明楷 267
对许霆案的几点思考 …… 刘仁文 276
中国刑法配置刑罚的特点和酌定减轻的适用
——从许霆案说起 …… 阮齐林 284
侵财类犯罪之量刑依据研究
——以许霆案改判为实例的分析 …… 李 洁 288
应确立常见犯罪的量刑规则
——以许霆案为视角 …… 王利荣 304
许霆案:法律应为人性弱点流下"温情眼泪" …… 高一飞 312
期待可能性与责任判断
——由许霆案引发的刑法思考 …… 沈 琪 314

【多维视角】

刑事裁判不确定性现象解读
——以许霆案为分析视角 …… 赵秉志 张心向 323
关注许霆案件中的最高法院 …… 卢建平 347

关于修改《刑法》第13条、第61条的议案 …………………… 陈忠林 356
许霆案的刑事政策分析 …………………… 卢勤忠 358
法律的失误与法官的失误 …………………… 王学沛 368
许霆案的刑法社会学分析 …………………… 阴建峰 376
对网络犯罪社会危害性的反思
——以许霆案为视角 …………………… 于志刚 李怀胜 391
实践法律思维的构造
——以许霆案为思考契机 …………………… 雷 磊 405
试论公民的法律假定
——以许霆案为标本的分析 …………………… 黄晓亮 418
关于许霆案的若干思考 …………………… 张 磊 423
许霆案:刑法司法解释过度化分析的一个视角 …………… 吴情树 施 琦 428

【附录一 许霆案件研究综述】

关注典型案件蕴涵的法理问题
——关于许霆案件法理争议问题的综述 …………………… 彭新林 435

【附录二 许霆案件相关法律文书】

1. 一审判决书 …………………… 462
2. 二审裁定书 …………………… 464
3. 重审判决书 …………………… 465
4. 终审裁定书 …………………… 474
5. 最高人民法院裁定书 …………………… 485

【罪刑探讨】

许霆构成盗窃罪

王作富*

近来,许霆被原一审法院以犯盗窃罪判处无期徒刑一案①,在社会上引起广泛关注,并且围绕许霆有罪还是无罪、是犯盗窃罪还是诈骗罪展开了激烈的争论。笔者认为,法院认定许霆犯盗窃罪是正确的,但是,判刑过重。现就相关问题简单谈几点看法。

一、许霆从取款机恶意取款符合盗窃罪的实质特征

客观地说,本案作为盗窃罪确有不同于常见的一般盗窃的特点,这也是引起激烈争论的重要原因。但是,如果我们不是只看形式,而是准确把握盗窃罪构成的实质特征,则完全可以得出许霆犯盗窃罪的结论。

我国刑法理论一般认为,盗窃罪是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大的行为。正确把握本罪主客观两方面特征,是对本案正确定性的关键。

首先,许霆实施了秘密窃取取款机内资金的行为。所谓秘密窃取,一般表现为行为人采用自认为不使所有人、保管人、持有人发觉的方法,将他人财物转归本人或第三人所有,这也是盗窃罪区别于诈骗罪的最根本的特征。有人说,许霆使用本人的工资卡从取款机上取款是公开的、合法的,与任何人取款并无两样,不存在秘密窃取的行为,钱是取款机自动吐出来的,怎么能说许霆犯了盗窃罪呢?笔者认为,这是只看形式不看实质的结果。大家知道,银行给客户办理无透支功能的借记卡,双方即建立起权利义务关系,持卡人有权凭此卡按照规定的程序从银行提取现金。无需银行特别说明,任何持卡人都知道一条“潜规则”,即只能凭卡提取卡内现有的存款金额。但是,许霆所为并非如此。当他第一次想取 100 元时取款机却吐出 1 000 元,是出乎他的预料

---

* 中国人民大学法学院教授。

① 由于作者写作本文时有关许霆案件的重审判决尚未作出,因此本文主要是针对一审判决分析其中涉及的有关法律问题。——编者注。

的,即使他将多取的钱占为己有,也是属于民法上的不当得利,当然不能视为盗窃。但是,在他明知取款机出现故障,如此操作有利可图时,遂连续操作170余次,累计取款达17万余元。很显然,他是先产生了非法占有银行资金的目的,在此目的支配之下,利用取款机出现故障之机,以合法的形式占有了银行的巨额资金,而这一过程都是在资金所有者——银行不知情,亦即违反银行意志的情况下进行的。这同一般的盗窃只在窃取的手段上有所不同,比如,他没有溜门撬锁或者砸坏取款机从中取钱,但是,他故意利用取款机出现故障之机,在所有者不知情的情况下非法占有银行资金,同一般盗窃手段不同,本质无异,因此,法院定性并无错误。但是,有些人只看到通常盗窃的手段,而忽视了同一种犯罪其犯罪的方法、手段可能是多种多样的。只看形式不看本质难免得出错误的结论。

其次,从主观上看,许霆具有非法占有的目的,符合盗窃罪的主观要件。当然,他在最初取款时是正常取款,并无非法目的。但是,当他明知机器有故障,继续多次取款,难道他不是想把巨款占为己有吗?司法机关办案一贯坚持"重证据,不轻信口供"。如果他并无非法占有的目的,他有充分条件及时通知银行并把钱交还银行。但是,他并未如此行动,而是几天后即携款潜逃,直至一年后被抓获归案。事实上,没有任何证据可以证明他在连续多次取款之时存在某种误解,而根本没有非法占有的意图,而且,从理论上讲,假如以非法占有为目的盗窃了大量财物之后,即使事后又主动归还失主,由于已构成犯罪既遂,原则上也不能改变其行为的犯罪性质。因此,就许霆案而言,法院认定其具有非法占有的目的,也是完全正确的。

有的人提出,许霆第一次取款不是秘密窃取,第二次及以后取款的客观行为是一样的,只是加入主观因素,改变了形态怎么就成了盗窃罪呢?其实这并不难理解。任何犯罪都是客观要件与主观要件的统一。有的犯罪行为客观表现同另一罪一样,因为主观因素不同其犯罪性质就不同。例如,甲举枪对乙开了枪,致乙死亡,如果甲是出于报复泄愤故意将乙打死,则构成故意杀人罪,如果是甲对乙开玩笑吓唬乙,无意中扣动扳机将乙打死,就构成过失致人死亡罪。许霆第一次取款时无非法占有的目的,多取的款属于善意取得,而第二次及以后具有了非法占有的目的,其行为性质当然发生了变化。

还有人说,取款机发生故障使许霆获得意外之财,才引起其非法占有之行为,是取款机"教唆犯罪",并且银行管理不善,银行也负有责任。因此,应当要许霆负退还钱款的民事责任,不应追究刑事责任。笔者认为,这种辩解是毫无道理的。首先,机器不可能教唆人犯罪;其次,机器的故障对许霆确实起了一定刺激作用,但是,这并不是产生犯罪的必然原因。一个人犯罪往往有内因和外因,内因是根据,外因是条件,外因通过内因起作用。许霆走上犯罪的道路,只能怪他思想不端,缺乏法制观念。银行管理不善,当然负有责任,但是,这也不能成为许霆无罪的理由。

二、关于本案量刑

在社会上,许多人士认为,即使许霆构成犯罪,判处无期徒刑也是过重。笔者认为,评判量刑是否适当,一看法院是否对影响量刑的各种情节作了全面的、综合的适当评价,二看适用刑法条款是否准确。笔者未见到判决书,不知法院判刑的理由,但从人们争论中看,涉及能否适用《刑法》第264条第1项规定:"盗窃金融机构,数额特别巨大的",处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。有人提出,不能适用此项规定,因为取款机不是金融机构。还有人则认为,刑法所说"金融机构"实指金融机构的财产,因此,法院适用上述规定并无不当。最高人民法院在《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条明确规定:"'盗窃金融机构',是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户资金等……不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。"不难看出:第一,取款机是工具,但是,银行将它设立在公共场所的一定空间,就成为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样;第二,刑法规定的"盗窃金融机构"重点在于金融机构的资金,在国家经济建设中具有不同于一般单位或个人的资金的重要功能及意义,所以,需要给予特殊的保护。既然取款机内的资金属于银行所有,就没有理由把盗窃取款机内的资金排除在盗窃金融机构之外。

笔者认为,人们之所以认为对许霆处罚过重,一是此案之发生及手段具有一定的特殊性,二是夹杂了一些感情因素。但是,不论舆论如何,法院判案绝不能背离法律。根据前述1997年最高人民法院的司法解释,盗窃公私财物3万元至10万元以上的,视为数额特别巨大。许霆盗窃数额显然已经达到这个标准,没有法定减轻情节。笔者认为,目前最可行的办法是,法院依照《刑法》第63条之规定,根据本案的特殊情况,报经最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚。

关于许霆案件的法理问题思考

赵秉志[*]　彭新林[**]

一、前言

许霆案由一个普通刑事个案上升成为引起社会广泛关注和公共空间热议的公共事件,其意义显然已超越了个案本身,它是在我国民主法治进程中,我国当代刑事法治深度演绎的一个鲜活的范本。许霆案尽管经一审、一审重审、二审终审和最高人民法院核准已尘埃落定,但其所展示的复杂场域及其对于法治的意义,均引人深思、发人深省。由此而论,研究许霆案的相关法理问题,就不仅具有重要的理论价值,而且富有深远的实际意义。

许霆案的基本案情是:2006 年 4 月 21 日晚 21 时许,许霆到广州市天河区黄埔大道西平云路 163 号的广州市商业银行自动柜员机(ATM)取款,同行的郭安山(已判刑)在附近等候。许霆持自己不具备透支功能、余额为 176.97 元的借记卡准备取款 100 元。当晚 21 时 56 分,许霆在自动柜员机上无意中输入取款 1 000 元的指令,柜员机随即出钞 1 000 元。许霆经查询,发现其银行卡中仍有 170 余元,他意识到银行自动柜员机出现异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账。于是许霆在 21 时 57 分至 22 时 19 分、23 时 13 分至 19 分、次日零时 26 分至 1 时 06 分三个时间段内,持银行卡在该自动柜员机指令取款 170 次,共计取款 174 000 元。许霆告知郭安山该台自动柜员机出现异常后,郭安山亦采用同样手段取款 19 000 元。同月 24 日下午,许霆携款逃匿。2007 年 5 月 22 日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案。赃款已被其挥霍一空。

广州市人民检察院于 2007 年 10 月 15 日以穗检公二诉[2007]176 号起诉书指控被告人许霆以非法占有为目的,盗窃金融机构,数额特别巨大,其行为已构成盗窃罪,向广州市中级人民法院提起公诉。2007 年 11 月 20 日,广州市中级人民法院作出(2007)穗中法刑二初字第 196 号第一审刑事判决,认定许霆盗窃金融机构,数额特别

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院学术秘书、刑法专业博士生。

巨大，遂判处其无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，追缴被告人许霆的违法所得 175 000 元发还广州市商业银行。① 判决宣告后，许霆不服，以其是善意取款，不构成犯罪；取款机有故障，银行有过失；与同案人相比处罚太重，量刑不公等为由，提出上诉。广东省高级人民法院于 2008 年 1 月 9 日作出(2008)粤高法刑一终字第 5 号刑事裁定，以原审判决认定被告人许霆犯盗窃罪事实不清，证据不足为由，裁定撤销原判，发回重审。②

重审审判时，广州市人民检察院再次指控：2006 年 4 月 21 日，被告人许霆伙同郭安山(另案处理)窜至广州市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行 ATM 提款机，利用银行系统升级出错之机，多次从该提款机取款。至 4 月 22 日，许霆共提取现金人民币 175 000 元。之后，携款潜逃。据此认为被告人许霆以非法占有为目的，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 264 条第 1 项之规定，构成盗窃罪，提请广州市中级人民法院依法判处。广州市中级人民法院于 2008 年 3 月 31 日作出(2008)穗中法刑二重字第 2 号重审判决，仍认定许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，但鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚。遂依据刑法的有关规定，改判许霆为有期徒刑 5 年，并处罚金 2 万元，追缴被告人许霆的犯罪所得 173 826 元，发还受害单位。③

重审判决宣告后，许霆仍不服，以自己的行为只是民事关系上的过失，而不是刑事犯罪，重审判决定性错误，二审应作出无罪的判决为由，再次提出上诉。广东省高级人民法院于 2008 年 5 月 22 日作出终审判决，判决认定许霆以非法占有为目的，利用银行自动柜员机出现的故障，恶意取款，秘密窃取金融机构的经营资金，数额特别巨大，其行为触犯了《刑法》第 264 条第 1 项的规定，许霆的行为已经构成盗窃罪，且属盗窃金融机构，数额特别巨大，许霆没有法定减轻处罚情节，如仅适用刑法分则关于盗窃罪的规定，应当判处无期徒刑以上刑罚。但是，许霆的犯罪手段、犯罪情节具有特殊性：第一，许霆并无犯罪预谋，只是因为偶然发现了柜员机的异常情况才临时产生盗窃犯意；第二，许霆的行为虽然构成了盗窃罪，但其采取的犯罪手段在形式上合乎柜员机取款的要求，与采取破坏柜员机或进入金融机构营业场所内部盗窃等手段相比，其社会危害性要小；第三，许霆的犯罪极具偶然性，是在柜员机出现故障这样极为罕见和特殊的情形下诱发的犯罪，类似情况难以复制和模仿，对许霆以适度的刑罚就能够达到刑罚

① 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》，(2007)穗中法刑二初字第 196 号。
② 参见《广东省高级人民法院刑事裁定书》，(2008)粤高法刑一终字第 5 号。
③ 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》，(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

的预防目的,没有必要对其判处无期徒刑以上刑罚。考虑到上述特殊情况,许霆具有可以减轻处罚的酌定情节,如果对许霆在法定量刑幅度内判处最低刑罚仍属过重,有违刑法总则中所规定的罪责刑相适应的基本原则。故依照《刑法》总则第63条第2款的规定,鉴于本案有可以在法定刑以下量刑的特殊情况,尽管许霆至今未退赃,但仍然可以在法定刑以下判处刑罚。故原判对其在法定刑以下判处有期徒刑五年适当,遂依法裁定驳回上诉,维持原判。① 最高人民法院于2008年8月20日作出了核准广东省高级人民法院关于许霆案件终审判决的刑事裁定。至此,许霆案在万众瞩目下终于可以算是尘埃落定了。

应当说,许霆案自媒体甫一披露报道,就一石激起千层浪,在社会上引起了广泛的关注。从理论到实践、从官员、学者到社会大众,均围绕许霆是否构成犯罪、是构成盗窃罪还是其他犯罪,是否盗窃金融机构以及量刑轻重等问题展开了激烈的争论。这一争论并没有因日前广东省高级人民法院作出维持广州市中级人民法院一审重审以许霆犯盗窃罪由无期徒刑改判为5年有期徒刑的终审判决而结束,而是在新的高度和层次上得以继续展开。对于社会大众来说,关注更多的可能是许霆的命运,或者说是一个人的命运;而对于我们的法治和法律、法学工作者来说,则更应关注的是许霆重审改判背后的这种个案刑罚裁量是否具有正当性和合理性,因而可以说是关系到一种制度的命运。本案控、辩、审三方对许霆利用ATM机故障而恶意取款17万余元的事实的认定基本没有异议,有争议的主要集中在对许霆行为的定罪和量刑问题。从刑事法治建设的视角以观,许霆案无疑具有很强的代表性和标本意义,带给我们的启示也是多方面的。现就该案涉及的几个主要法律问题,略抒已见。

二、罪与非罪的区分:许霆的行为是否构成犯罪

(一)主张许霆的行为无罪的诸种观点

许霆的行为是否构成犯罪,是许霆案定性的首要问题。有不少人认为许霆的行为无罪。至于为什么无罪,理由各不相同,概括起来看,大致有以下几种观点:

其一,不当得利说。无罪说中持该观点的人不在少数。该说认为许霆的行为完全符合不当得利的构成要件,应纳入民法的调整范围。许霆获得的超额款项是银行溢付的结果,并非许霆盗窃所得。溢付是交付方基于疏忽的一种额外给付,这种给付也是收受方未曾预料到的。因此,对许霆行为应该定性为不当得利,不构成犯罪,只需返还

① 参见《许霆盗窃上诉一案终审判决:驳回上诉 维持原判》,载广东省高级人民法院网站 http://www.gdcourts.gov.cn/ttxw/t20080522_17342.htm,2008年5月22日。

非法所得就行了。①

其二,无效交易说。该说认为,许霆的行为只是一个民法意义上的“无效交易”行为,他从 ATM 机中取出的 17.5 万元是“无效交易”的后果,刑法保护的对象是财产本身,而不是“无效交易”的后果,因此许霆的行为不应在刑法调整范围内。②

其三,银行过错说。该说认为,银行对 ATM 机失灵有过错,就像警察诱人犯罪那样诱使许霆犯罪,此事责任在银行一方。更有专家认为,因为银行服务不完善,勾起了被告人犯罪,银行反倒应该向被告人道歉,甚至应当提起附带民事诉讼。③

其四,没有实施合法行为的可能性说。该说认为,在许霆所处的情境(当 ATM 机吐出 1 000 元而只在账户上扣除 1 元钱)下,别说是许霆,就是任何人都会不断地取钱拿走;许霆又不是圣人,在此诱惑下没有实施合法行为的可能性,因此他的行为不构成犯罪。④

其五,许霆行为难以模仿说。此说认为,许霆遇到的情况是一个概率非常小的事件,其行为缺乏可模仿性,把此案列为刑事案件处理缺乏现实意义,应当认定许霆无罪。⑤

其六,刑法谦抑说。该说中比较有代表性的观点认为,对许霆案应该考虑到刑法定罪量刑时通用的谦抑原则,即一个案子如果能用民法解决,就不要再动用刑法来解决。以现代刑法观念观察许霆的行为,显然不属于其他法律调整不了的行为。许霆愿意退还提取的款项,就说明此行为用民事法律完全可以调整。⑥

其七,刑罚目的说。该说认为,对许霆的行为不以犯罪论处,类似的行为并不会再次发生,不单是许霆不会再次实施此种行为,就是社会上一般的人也不会再实施此种行为,因为这种行为的实施需要特殊的条件,而这种特殊的条件很难得再次出现,而且也无法人为地创造。一句话,不对许霆治罪也可达到特殊预防和一般预防的刑罚目的,何必治罪呢?⑦

---

① 参见杨兴培:《“许霆案”的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008 年第 3 期;《广东省副省长:类似许霆案的新型案件应慎重审判》,载中华网 http://news.china.com/zh_cn/domestic/945/20080124/14634557.html.

② 参见《许霆辩护人坚持为其作无罪辩护》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/23/content_7651211.htm 2008 年 2 月 23 日。

③ 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2007-12/24/content_7303762.htm.

④ 参见苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

⑤ 《许霆涉嫌盗窃案开庭重审　控辩双方立场未变》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/22/content_7650835.htm.

⑥ 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2007-12/24/content_7303762.htm.

⑦ 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

其八,罪刑法定说。持该说的学者认为,若对许霆以盗窃定罪,实际上是类推定罪。因为许霆的行为有以下三个特点:其一,许霆是用真实的银行卡,用合法的手段从 ATM 机里取款的;其二,在许霆使用合法手段的前提下,是 ATM 机自动将现金送出来的;其三,许霆在提取现金时把自己的个人信息全部留给了银行,等于告诉了银行"17 万是我许霆取走了"。这三个特点使得许霆的行为与传统的盗窃行为有了质的区别。既然与盗窃有质的区别,那就不是盗窃。把不是盗窃的行为类推成盗窃行为,然后适用盗窃罪的刑法条文定罪,显然违反了罪刑法定原则。因而主张对许霆不应治罪。①

(二)对许霆无罪说诸种观点的商榷

笔者认为,上述无罪说的诸种主张均有值得商榷之处,具体的问题可以从质疑无罪论者所持的理由说起。如果其所持的理由不可靠或者被证伪,那么主张许霆不构成犯罪的观点便不攻自破。

1. 关于"不当得利说"。第一种观点认为许霆的行为属于民法上的不当得利,那么事实是否如此呢?所谓不当得利,是指没有法律或合同上的根据取得了利益,致使他人受到损失的事实。不当得利作为一种法律事实,与民事法律行为、无因管理及侵权行为等同为债的发生根据。我国《民法通则》第 92 条明确规定:"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。"尽管发生不当得利的原因有事件,也有行为,但不当得利本质上属于事件,与人的意志无关,其不以得利人有行为能力或识别能力为前提,不是由受益人的意志决定而取得的。② 因而其不同于与人的意志有关的民事法律行为、无因管理及侵权行为等债的发生根据。反观许霆的行为,第一次取款 1 000 元,其账户实际扣款仅 1 元,是在 ATM 机出现故障的情况下无意中提取的,其获得 999 元超额款项,显然与许霆的意志无关,也不存在合法根据,其受益与银行受损具有明显的因果关系,认定属于民法上的不当得利,并无不妥。甚至在许霆第二次取款时,若他是出于要确认 ATM 机是否真的出了故障而再试一次,仍可认定这是民法上的不当得利。但在其已经明确认识到 ATM 机出了故障,且在自己账户余额不足的情况下,仍反复操作取款 170 余次,获利 17 万余元,则不应也不能认为是不当得利。此时,许霆的主观心态已发生了转化,由意外受益的心理改变为非法占有的意图,此时其行为的不当得利性质也随之发生了质变,由意外被动的获得转变成为主动侵犯银行财产权益,已然是一种故意侵权行为了。而侵权行为达到严重程度即可构成犯罪。显而易见,许霆第一次至少是第二次取款后实施的其余 170 余次恶意取款行为,并非基于认识错误而产生,不符合民法上不当得利作为一种与行为人

① 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

② 参见魏振瀛主编:《民法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 573 页。

意志无关的事件的本质属性,一如行为人以非法占有为目的而恶意实施抢劫、诈骗等侵权行为,虽也不当获得了利益,但并不认为是民法上的不当得利一样。因此,如果不区分清楚许霆实施第一次取款行为获得的意外受益与其后利用ATM机故障连续多次实施的侵犯银行财产的恶意取款行为的界限,而全都认定为是不当得利,就难免会落入以偏概全的窠臼。

2. 关于"无效交易说"。第二种观点认为许霆的行为是民法意义上的"无效交易"行为,其从ATM机中取出的17.5万元是"无效交易"的后果,刑法不应予以保护。笔者认为,这种观点不无疑义之处。许霆与ATM机的交易尽管是无效的,但并不能由此否认这种恶意取款行为的犯罪性,也不能否认取款行为本身是一种正常的交易行为。诚如有学者所言,在刑法中,行为之正常与异常的区分是相对的,尤其要看行为是受何种主观意图所支配。尽管许霆是以自己的银行卡在取款,似乎是正常的交易行为,但许霆明知ATM机发生故障而利用这一故障进行恶意取款,这已经不是一种交易行为而是一种犯罪行为。① 其实,如果我们不是辄止于表层,而是再进一步分析,就会发现,许霆在意识到ATM机发生故障而利用这一故障恶意取款的行为在民法上的无效性并不能代替甚或否定其在刑法上的犯罪性,这两者在行为性质上的并存并不矛盾。正如行为人的重婚行为导致在民法上婚姻无效的结果,但并不因此而免除重婚者的刑事责任。再比如,行为人以非法占有为目的而故意实施诈骗钱财的行为,尽管受害人也按照自身意思进行了交付,但由于其违反了受害人意思表示真实的实质有效要件,在民法上是无效的,但并不能据此就否定行为人实施诈骗行为的犯罪性。如果行为人虚构事实或隐瞒真相,骗取财物,数额较大的,以诈骗罪论处当无疑义。在许霆案中同样也是如此。许霆在意识到ATM机发生故障而利用这一故障恶意取款的行为,虽也是一个民法意义上的"无效交易"行为,其从ATM机中取出的17.5万元确也是"无效交易"的后果,但得出的结论并非是许霆的行为不应在刑法调整范围内,而只能是许霆的行为不仅不应受到民法的保护,而且也不应受到刑法的保护,相反在本案中应受到刑法的惩罚。

3. 关于"银行过错说"。第三种观点以银行有过错从而否定许霆行为的犯罪性,也是有失偏颇的。对于许霆恶意取款而言,ATM机故障确是一个诱因,银行在管理上也确存在一定的过错。② 广州市人民检察院经过对银行系统为什么没有及时发现许霆连续两个晚上作案一百多次进行调查后,认为许霆案中"银行有失误,但达不到渎职犯罪的程度。"③但需要说明的是,银行管理上的过错并不能阻却许霆行为的刑事违法性,

---

① 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

② 中央电视台《经济半小时》在节目《"惹不起"的取款机后续》中评论,银行案发50多个小时后才发现,显得滞后,应该反躬自省。载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-02/22/content_7644649.htm.

③ 《检察机关谈"许霆案":银行有失误 但够不上渎职》,载《法制日报》2008年2月21日。

并不是许霆实施恶意取款行为的必然原因,不应成为论证许霆行为无罪的理由。并且民法上的过错相抵规则也不能适用于刑法,许霆的罪过与银行的一般过失在性质上存在质的区别。一言以蔽之,许霆行为构成犯罪与否,关键是看其行为是否具有严重的社会危害性,是否符合刑法规定的某一犯罪的构成要件,而不是看银行(受害人)有无过错。银行有无过错或过错大小虽可在一定程度上反映出许霆主观恶性和人身危险性的大小,在许霆构成犯罪的情况下,当然会影响到其刑事责任的承担和对其量刑的轻重,但不应影响对其行为性质的认定。此外,认为银行像警察诱人犯罪那样诱使许霆犯罪,责任在银行一方的观点,也不符合事实。所谓警察诱人实施犯罪从而行为人免责的观点是英美刑法中的行为人阻却刑事责任承担的一种合法辩护理由,即所谓的警察圈套合法辩护。英美刑法中确立警察圈套的合法辩护理由,主要是对司法官员可能滥用侦查权的一种限制。揭露犯罪,同犯罪作斗争,是司法官员的义务,但是他们没有挑起(诱使)犯罪的权利。① 而在许霆案中,上述论者显然忽视了这样一个事实,银行不仅没有主动故意提供犯罪机会,更没有以积极行为去诱使被告人实施犯罪,ATM 机出现故障恰恰是出乎银行意料之外的,至多只能算是过失,不可能是故意设置圈套诱人犯罪。而故意设置圈套诱使被告人实施犯罪正是构成警察圈套合法辩护的不可或缺的客观要件。此外,银行既非警察也不属于其他司法人员,两者完全不具备规范评价上的可比性。因而以银行像警察诱人犯罪那样诱使许霆犯罪,责任在银行一方而主张许霆无罪的观点,实际上是一种很不恰当的牵强类比。至于有专家得出因为银行服务不完善,勾起了被告人犯罪,银行反倒应该向被告道歉,甚至应当提起附带民事诉讼的结论,更是让人匪夷所思。难道房门未锁被偷的受害人还需向盗窃犯致歉,盗窃犯就可以无罪?! 因为房门未锁勾起了其非法占有的意图;穿着比较暴露的女子被强奸后,莫非还需向强奸犯道歉,强奸犯就可以无罪?! 因为强奸犯指控她产生了引诱他实施强奸犯罪的客观结果?! 这岂不荒唐至极!

4. 关于“不可能实施合法行为说”。第四种观点虽然其分析视角可谓新颖别致,也不无启发意义。但问题的关键是许霆在当时的情境下是否真的没有实施合法行为的可能性? 看来是颇为值得质疑的。在 ATM 机吐出 1 000 元而只在账户上扣款 1 元时,对于一般人而言,也许是一种较大的诱惑,但是否达到了“没有实施合法行为的可能性”的境地呢? 则大有质疑之处。② 许霆取款时用的是真实的银行卡,输入的是本人

---

① 参见储槐植:《美国刑法》(第三版),北京大学出版社 2005 年版,第 95 页。

② 我国学者刘宪权教授指出,在许霆所处的情境下,你第一次拿,可能挡不住。但在知道机器已经出了问题之后,你反复拿,不存在挡不住诱惑的问题。如果存在这种诱惑,我们都挡不住的话,那么我们的社会的道德的水准已经降到什么程度? 因为后面是一种恶意的,你怎么可能挡不住恶意呢? 这一点应该还是要从期待可能性理论角度去拨乱反正,你不要绝对用期待可能性理论,如果用不到,然后再讲诱惑本身的问题(参见刘宪权等:《ATM 机取款案的法律思索》,见华东政法大学“韬奋论坛——热点三人行”第 1 讲)。

的账户资料，而且银行又有监控录像，许霆恶意取款时完全可以意识到其行为可能会被银行发现，其取款后的惶恐以及事后的潜逃也都充分佐证了这一点。一般稍具守法意识的普通人在这种情况下通常会作的选择是放弃犯意而选择守法，但许霆则在贪欲的刺激下，排除可能会被银行发现的心理负担，一而再、再而三地170余次恶意取款，说明其具有较强的主观恶性，而非没有实施合法行为的可能性。诚如有学者精辟地指出："在极度诱惑下白拿别人钱财，如果这就'没有实施合法行为的可能性'，那么贪官们极为隐蔽地收取巨额贿款后，可否以诱惑力太大因而'没有实施合法行为的可能性'为由，来进行自我辩护？"①其次，尚需注意的是，不能为了证明许霆行为无罪就不区分情况地简单套用大陆法系刑法中的"期待可能性理论"和英美刑法中的"可得宽恕辩护"。所谓期待可能性，用法谚表达即"法律不强人所难"，作为一种责任阻却事由，是指根据具体情况，有可能期待行为人不实施违法行为而实施合法行为。如果不能期待行为人实施其他适法行为，就不能对行为人的行为进行责任非难，因而不存在刑法上的责任。就许霆案而言，如前所述，在当时的情境下，许霆尽管面临大的诱惑，但完全可以期待其放弃犯意而选择实施合法行为，然而许霆终究在可以期待实施合法行为的情境下基于其自由意志的支配而选择了连续多次恶意取款，其行为难道没有可谴责性吗？况且，期待可能性理论作为大陆法系刑法中的一种刑事免责理论，不一定完全适合于我国的情况，在我国刑事司法实践中也未得到明确的承认。以这种理论作为诠释许霆无罪的根据，在当前我国刑法的语境下，显然缺乏说服力。至于英美刑法中的"可得宽恕辩护"，其作为合法辩护的一类，一般包括未成年、错误、精神病、被迫行为等，可得宽恕行为在客观上有害于社会，只是由于行为人主观上的原因才得到宽恕，这种权利通常只针对特殊的个人，在可得宽恕的情况下行为人一般不认识自己行为的性质。仔细分析许霆的行为及其主观心态，其并非不认识自己行为的性质，相反是在意识到ATM机出现故障而故意利用这一故障连续多次恶意取款，对于其取款行为会侵犯银行的财产权显然是持一种明知的态度。因而以英美刑法中的"可得宽恕辩护"来佐证许霆行为的无罪性，也是苍白乏力的。

5. 关于"行为难以模仿说"。第五种认为许霆行为缺乏可模仿性因而应当认定许霆无罪的观点，也没有说服力。首先，ATM机出现故障概率极小是不是如论者所认为

---

① 苏沉：《我们应否需要水浒语境下的正义》，载《人民法院报》2008年1月17日第5版。

的那样小,尚可讨论①,毕竟像ATM机出现故障,吐出假钱、少吐钱或吞卡等现象的发生也并非罕见。其次,即使如该论者所言,许霆遇到的情况是一个概率非常小的事件,其行为缺乏可模仿性,但这是否成为许霆行为不构成犯罪的正当根据?笔者认为,在这里有必要区分刑法立法论与刑法解释论的界限。某行为发生的概率非常小,行为缺乏模仿性,对其进行刑事处罚缺乏实际意义等,涉及的是犯罪化与非犯罪化的界限与根据问题,属于刑法立法论要研究的范畴,而非刑法解释论上所要解决的问题。在刑法解释论上,只要刑法对某一行为进行了规制,即使该行为发生的概率较小,很难被模仿或复制,也应当按照行为符合的具体犯罪构成进行认定,从而正确适用与解释刑法规范。例如在刑法分则中规定的少数犯罪,如拒不救援友邻部队罪等在司法实践中很少发生,其罪刑条文亦很少适用,几近虚置化,但这是立法合理与否即刑法立法论所要解决的问题,而与刑法解释论无涉。而法官在司法实践中作为刑事法律的实践者,是要运用刑事法律规范解决现实的犯罪问题,因而所要运用的是刑法解释论,而非刑法立法论。对于许霆构成犯罪与否的问题而言,法官所应发挥的作用亦是如此。因此,即使许霆遇到的情况是一个概率非常小的事件,其行为缺乏可模仿性,但这也并不成为其行为不构成犯罪的正当性根据。再次,如果某一行为发生概率很小,很难被模仿,就认为对其进行刑事处罚缺乏现实意义,不应构成犯罪,那会不会在客观上变相激励犯罪创新和助长犯罪侥幸呢?

6. 关于"刑法谦抑说"。第六种观点以刑法的谦抑性为理论根据,认为许霆案可以用民事法律来调整,就不应动用刑法来解决。对此,笔者不敢苟同。第一,如前所述,许霆第一次取款后意识到ATM机故障而利用故障继续恶意取款,在行为性质上已

---

① 事实上,在许霆案的前后,都有类似的案件在我们身边频频发生。请看:案例一:2001年3月2日,云南。何鹏到ATM机取款时发现自己卡内居然多出百万巨款。他在不同的ATM机上共取出人民币42.97万元。2002年7月,曲靖市中院判处何鹏无期徒刑。如今已服刑7年。案例二:2007年1月28日,宁波。来自湖南的农民工唐风军,在发现取款机漏洞后,和弟弟唐风光一起跑了10多家银行,取走50多万元现金。2008年3月26日,宁波市检察院以盗窃罪向宁波中院起诉唐氏兄弟,4月15日下午在宁波市中院开庭审理。案例三:2008年3月29日,南京。26岁的南京男青年曹某从自动取款机上取走他人银行卡里的18000元钱。4月1日晚上,曹母连夜把钱送到派出所。次日上午,经过亲人劝说,曹某到派出所,银行卡主人赵先生夫妇也拿回了这笔钱。4月2日晚上,曹某被栖霞公安分局刑事拘留,等待警方的进一步调查处理。案例四:2008年2月26日,佛山。董某到柜员机取款,发现内有银行卡仍在业务系统中,于是分7次提走17000元。近两个小时后,取了钱的董某担心成为第二个许霆,主动报警。3月27日下午,佛山市公安局南海分局正式对外透露这起事故的最新处理情况:由于银行方面不对董某追究相关责任,民警在对其作出教育后释放处理。案例五:2008年3月25日,南宁。南宁的申先生在银行ATM自助取款时意外地发现,想取张50元的人民币,机器竟然吐出100元来。试过好几次,都是如此。申先生想起前些日子报道的"许霆恶意取款被判刑"的案件,立刻拨打了银行电话。于是银行工作人员赶到现场封锁了这台取款机。案例六:2008年3月31日,成都。成都一大学生小吴偶然发现银行ATM机旁的"95588专线电话"竟然可以免费打电话。拨打了10个电话后,小吴担心被银行追偿,主动向银行反映这一故障情况,并愿意补缴话费。银行并没有收取小吴的话费补偿金,也表示不会追究小吴的责任。(参见《许霆案的五大典型意义》,载《青年周末》2008年4月10日)

不再属于民法上的不当得利,已演变成了一种恶意侵犯银行财产权的犯罪行为。对于其先前意外的不当获利,可用民事法律来调整自是不言自明之理。但对于许霆其后实施的侵犯银行财产权益的恶意取款行为,已具有严重的社会危害性,显然不能用民事法律来调整,而是必须用刑事法律来处理和解决的犯罪问题了。第二,谦抑性原则虽然对刑事立法和刑事司法均具有重要的指导作用,但并不意味着对于任何构成犯罪的具体个案,都应首先考虑是否可以采用民事处理方法。[①] 正如张明楷教授所言:“倘若将谦抑性当作处理个案的具体方法,那么,对于任何案件都必须先采取民事诉讼程序,只有当民事判决不能得到被害人或国民的认可时,才采取刑事诉讼程序;刑法上的一切犯罪都成为告诉才处理的自诉罪,公诉罪被废除。这是难以想象的。”[②]况且刑事责任和民事责任属于两类性质不同的法律责任,是完全可以发生聚合的(责任的同时承担)。

7. 关于“刑罚目的说”。第七种观点从刑罚目的的角度来分析许霆行为的可罚性,具有一定的合理性。所谓刑罚的目的,传统刑法理论一般认为是预防犯罪,包括特殊预防和一般预防。那么对许霆不予治罪能否就如上述论者所认为的那样也可达到特殊预防与一般预防的目的呢?在笔者看来,着眼于刑罚特殊预防和一般预防的目的,考虑到许霆案的特殊性(许霆尚有一定的可宽恕性),得出的结论只能是对许霆的惩罚应当慎重和适度,而并非不以犯罪论处,不给予任何刑事处罚。正是如此,笔者认为,对于许霆判处无期徒刑等重刑实无必要,不符合刑罚的经济性原则,也难以有效地达到刑罚的目的,无法实现刑罚功利与公正的共融。当然,对于许霆并非不应治罪,而只是应按照功利性与公正性有机统一的要求在无期徒刑之下选择一个适格的刑种刑度进行处罚,这样才能最大限度地实现刑罚的目的。否则,如果对许霆不予治罪,不仅难以唤起和强化其自身的规范意识,相反会助长其不劳而获、冒险投机、进行犯罪创新的侥幸心理,在出现相同条件的情况下,势必难以防止他重蹈覆辙。更为严重的是,对于一般知晓情况的普通民众而言,如对许霆不予治罪则难以起到有效的警示和鉴戒作用,也不能实现有效的一般预防。例如,对于为民除害的“大义灭亲”,虽然发生概率不

---

① 当然,也有学者对此持不同的意见。如有学者指出,刑法具有二次规范性,因此在刑法意义上的犯罪行为,就其本身的行为属性而言,具有二次性的违法特征,即违反了刑法赖以存在的前置性法律(如民法等),进而才违反了刑法的规范性内容(杨兴培:《“许霆案”的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008年第3期)。另有学者认为,对于许霆案,首先应该从这个案件为什么不能构成犯罪这个角度入手,即我们首先应该从刑法角度来分析。如果这种行为不符合刑法中的相关规定,不符合我们有关犯罪的犯罪构成,这时才可以考虑民事的侵权是否符合。也即只有在不符合刑法的相关规定时,才可以按照民事侵权行为来解决,只有这个角度才有说服力(参见刘宪权等:《ATM 机取款案的法律思索》,见华东政法大学“韬奋论坛——热点三人行”第1讲)。我们虽然也认为,能够使用道德救赎就没有必要使用法律救治,能够使用一般法律救治就没有必要使用刑法严惩,但并不意味着赞同对于任何构成犯罪的具体个案均应按照“先民后刑”的顺序来处理。

② 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

高,也很难被复制或模仿,但“灭亲”的行为人并没有因为其“大义”或群众的同情而不予治罪。相反,司法实践中惯常的做法是在治罪的基础上给予行为人较轻的刑事处罚,以实现法治与人情的共融,从而达到法律效果与社会效果的统一。其实,对于许霆案的治罪与否及其处罚轻重,又何尝不是同样的道理。

8. 关于“罪刑法定说”。第八种观点认为对许霆的行为以盗窃定罪,就是类推,就是违反了罪刑法定原则,因而主张不应对许霆治罪,这显然也失之武断。虽然许霆的行为相比于普通盗窃,确有一定的特殊性(他是在意识到ATM机发生故障而给自己造成可乘之机的情况下,基于一时贪念发作,利用ATM机故障实施的盗窃),但这是否就可以成为其不构成犯罪的理由?回答是否定的。上述论者所列举的认为许霆行为与盗窃行为有质的区别的三个特点,实际上是对盗窃罪构成要件的不正确理解(下文将作详细分析,在此暂不论),如果说有质的区别,那也只是一种表面的虚拟的质的区别。类推定罪固然违反罪刑法定原则,自不应当允许;但对于许霆案而言,关键的问题是并不存在所谓的类推,并非没有可适用的刑法条文,又何谈违反罪刑法定原则?因而以违反罪刑法定原则来论证许霆行为不应治罪的观点,显然也是站不住脚的。

可见,上述否定许霆构成犯罪的诸种观点并不能使我们确信许霆真的无罪,而只能得出相反的结论。

9. 关于国外类似案件的参酌。此外,还有一些人拿国外类似“许霆案”的一些案例进行类比,在笔者看来,也并不见得完全妥当。实际上,类似的案例在国外也时有发生,据英国《每日邮报》的报道,英国苏格兰皇家银行一部ATM机发生故障——取10英镑吐出的却是20英镑。于是数百人排队“占银行便宜”,直到ATM机里面的钱被取光。现场的气氛非常热闹,所有人都沉浸在狂欢宴会似的气氛中。① 虽然在上述案例中,案情同许霆案大同小异,均是利用ATM机故障恶意取款,但英国的司法当局并未介入,银行也只是力图追回了事。那如何看待这种现象呢?在我国有学者以中外案例情况不同不具可比性,疾呼许霆案之中外对比并不都恰当。② 笔者虽也认为许霆案之中外对比并不见得都恰当,但并非因为它们的情况不同而不具可比性,其实国外类似于许霆恶意取款案的案例还是不少的。原因在于:每个国家各有不同的实际情况及其法治本土资源,其法律制度、法治状况、民众法治意识、文化观念和道德水准等不见得完全相同甚或相去甚远,正如在一些国家通奸是一种严重的犯罪,而在另外很多国家和我国都只不过是一种道德上应受谴责的行为而已。或者相反,在我国是严重的罪行,而国外却可能是民众普遍接受的合法行为或非罪行为一样。因而不能简单地用英国的类似情况来生搬硬套发生在我国的许霆案,不能因为外国司法当局不追究此类案

---

① 参见《聚焦许霆恶意取款案》,载北大法意数据库 http://www.lawyee.net/News/Legal_Hot_Display.asp?RID=1146.

② 参见刘宪权:《许霆案:中外对比并不都恰当》,载《法制日报》2008年4月6日。

件行为人的刑事责任，就认为许霆也不应以犯罪论处。否则在法律移植和法律借鉴的过程中就不会存在那么多"南橘北枳"的"抗原排异"现象了。事实上，在国外也存在类似于许霆案但被判罪的案例。如2002年8月发生在英国考文垂的一次事件，英国一家银行(考文垂建筑金融合作社)的电脑发生故障，导致其ATM机"狂吐"五天，不管人们输入什么密码，是否正确，取款机都会乖乖地吐出要求金额的钞票。期间有人甚至往返20次取了成千上万英镑，银行总共被取走了100多万英镑。朱伯特一家人取走了13.441万英镑。47岁的朱伯特和他20岁的女儿被判15个月监禁，他20岁的儿子被判12个月监禁，他45岁的妻子因为身体原因获得延期审判。[①] 那为什么不用这个案例来说明许霆行为构成犯罪呢？由此观之，用国外类似案例的处理情况来说明许霆行为不是犯罪的做法，并非妥当。

其实，许霆之所以构成犯罪，根本的原因在于：从实质上看，其行为具有严重的社会危害性，达到了犯罪的程度。首先，许霆有相当程度的主观恶性(尽管相比于有预谋、有准备的破坏型盗窃之主观恶性相对较小)。许霆在意识到ATM机出现故障后，在贪欲的刺激下，仍一而再、再而三地操作170余次，累计取款17万余元。在取款后，又携款潜逃一年多，足以证明其有较大的主观恶性。正如刘宪权教授所言："通俗一点讲，假如你委托我保管一份财物，我后来拒不归还、拒不交出，都有可能构成犯罪，那么像许霆拿的钱，没人委托他保管，他主动地采取积极的恶意取款行为，你还认为这种行为不构成犯罪？因为恶性不一样，法律把这种恶性很小的，有可能构成犯罪的行为都规定在条文里面，而许霆这种恶性明显超过它了，如不构成犯罪，从立法上是说不过去的。"[②]其实，按照立法中的举轻以明重原则，也不难推断出这一结论。即当刑法规定有对轻行为予以处罚时，那么可以当然地推出对重行为也会处罚。其次，许霆行为造成的客观危害严重。许霆恶意取款达17万余元，数额不可谓不巨大，而且事后被其挥霍一空，严重侵犯了银行的合法财产权益和资金安全。从法律上衡量，许霆恶意取款的行为完全具备了刑法规定的盗窃罪的全部构成要件(下文将作详细分析)。

三、此罪与彼罪的区分：许霆的行为构成盗窃罪还是其他犯罪

既然许霆的行为构成犯罪，那么接下来要分析的问题是，许霆的行为是构成盗窃罪还是其他犯罪？尽管多数有罪说论者赞同对许霆定盗窃罪，但也有一些学者认为许

---

① 参见张东锋、周皓：《网友晒案例：英国版恶意取款13万英镑被判1年》，载网易 http://news.163.com/07/1221/05/407B0JQ400011229.html#.

② 刘宪权：《许霆案：中外对比并不都恰当》，载《法制日报》2008年4月6日。

霆行为构成侵占罪①或诈骗罪②或信用卡诈骗罪。③ 笔者认为,从我国当前的刑法立法和相关理论来分析,许霆行为应当构成盗窃罪。

(一)关于许霆的行为构成盗窃罪的分析

所谓盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物,数额较大,或者多次盗窃公私财物的行为。许霆的行为符合盗窃罪的基本特征:

1. 关于主观方面

从主观方面来说,许霆具有非法占有的目的。非法占有的目的作为一种主观的超过要素,是构成盗窃罪必不可少的构成要素(在大陆法系国家,也有少数学者持不要说的主张)。在盗窃案件中,认定行为人是否具有非法占有的目的,需要特别注意的有以下两点:一是必须是行为人实施盗窃行为时就具有非法占有的目的,而不是在行为实施完成后才产生这一目的。亦即要求"责任与行为同存",这是责任主义原则的题中应有之义。二是不能将盗窃罪中非法占有目的中的"占有"与民法上的占有混同。在民法上,所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能,占有是使用、收益、处分的前提,其只是所有权权能的一部分。而刑法中盗窃罪之非法占有目的之"占有"是指利用财物和排除他人权利的意思。同时,也不能将非法占有目的中的"占有"理解为单纯事实上的支配或者控制,否则难免会把一般的盗用行为当成盗窃罪的构成要件行为,这势必会不适当地扩大盗窃罪的处罚范围。

反观许霆案,其是否具有非法占有的目的呢?笔者认为,在判断许霆实施取款行为的主观心态时,应结合全案的案情,按照主客观相统一的原则,综合进行分析和认定,不能因为许霆取出了超额款项并且已经对其进行了事实上的支配或者控制,而不分情况就主观推测其都具有非法占有的目的。同时,也不能仅凭单纯主观分析许霆在行为时是怎么想的,而不结合事前、事中、事后的客观情况,来认定其是否具有非法占有的目的。许霆第一次欲取款100元时ATM机吐出1000元,账户上只扣款1元,对于超出的999元,应该说是出乎其意料的,因其事先并不知道ATM机出了故障,许霆只是被动而意外地获得ATM机吐出的超额款项,故他不存在非法占有的目的的思想基础,他所得的超额款项属于民法上的不当得利。从最有利于被告人之合理性上考虑,如前所述,我们也许还可以再宽容地认为许霆在意识到ATM机存在故障进而第二次取款时是出于"再次试试"的心理,并不具有明确的非法占有的目的。如果许霆就此作罢,相信该案最终可能会通过非刑事途径解决,也不会在社会上被炒得沸沸扬扬,引起轩

① 参见李飞:《评许霆案最新动态:盗窃罪?》,载法制网 http://www.legaldaily.com.cn/2007fxy/2008-03/12/content_813896.htm.

② 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载《法制日报》2008年1月28日第14版。

③ 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款行为不应定盗窃罪》,载《检察日报》2008年1月8日;夏祖珠:《许霆案构成信用卡诈骗罪》,载 http://www.chinalawedu.com/huangye/viewarticle.asp?id=2996.

然大波。然而,许霆在已经完全意识到 ATM 机出了故障,且在取款时自己账户余额不足无权再次取款的情况下,仍一而再、再而三地反复操作 170 余次,累计取款达 17 万余元,其主观恶性暴露无遗。在外观上许霆行为也许很容易让人产生他是在取"自己的钱"的错觉,但实际上其后来多次取出的钱款都是侵犯银行财产所有权的,他对这一点也是完全明知的。如前所述,此时,许霆的主观心态已发生了转化,由意外受益的心理转变为非法占有的意图,由被动地获得超额款项转变成为积极主动地侵犯银行的财产。通过反复操作恶意取款,许霆非法占有银行财产的主观意图已经明显地征表出来了。事后,许霆完全有条件及时将取出的钱款交给银行或所在单位,或向公安机关报警,但他却在内心的"害怕和惶恐"下,选择了"沉默",直至几天后连工资都不要了而携款潜逃(他对钱款具有明显利用和占有的意思)。这也再一次充分佐证了许霆在意识到 ATM 机出了故障而利用这一故障连续多次实施取款行为时具有非法占有的目的。自此不难发现,许霆在庭审中提出的"替银行保管财产,没有想占有这笔钱"的辩解,显然难以自圆其说,违背常情、常理,缺乏事实根据和有力的证据支持,未得到法院的认可也是必然的结论。至于银行有关负责人员卢某所反映的"案发后约一个月,一自称是许霆的人打电话给其商量如何处理此事,并说因为钱被人偷了,没有这么多钱还,只还一半左右行不行,其当时说希望全部还清,对方说肯定还不清了,最多只有一半左右,其就跟对方说希望他早日到公安机关自首,把事情处理好,之后对方就将电话挂了"①的事实,并不能成为否定许霆具有非法占有的目的之理由。因为当其以该目的将窃款行为实施完成以后,就已经构成犯罪既遂,并不影响对其行为犯罪性质的认定。许霆在案发一个月后要求向银行还款的行为是一种典型的事后行为,并不影响其行为的犯罪性质,充其量只能作为一个酌定的量刑情节在刑罚裁量时予以考虑。此外,还有人提出,许霆第一次取款不是秘密窃取,而其后多次取款的客观行为是一样的,只是加入了主观因素,改变了形态怎么就成了盗窃罪呢?② "如果许霆发现第一次取钱后卡上记载未作及时扣除,而其所取钱款的数额又是较大的,许霆即使出于恶意再去其他 ATM 上取钱,甚至多次,而其他 ATM 却作真实地记载和扣除。此时许霆的心理活动内容无非是要多占有数额较大的钱款,这时我们应该认定哪一笔钱款属于非法的呢?从民法层面分析,显然只能认定取得第一笔钱款属于不当得利行为。第二次行为由于在客观上是合法的,不管许霆内心如何思想,都无论如何不能进入到刑法的评价领域。"③对此,我国著名刑法学家王作富教授作了非常精辟的分析,他指出任何犯罪都是客观要件与主观要件的统一。许霆第一次取款时无非法占有的目的,多取的款属于善意取

---

① 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

② 参见万静:《恶意取款案成热点 专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版。

③ 杨兴培:《"许霆案"的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008 年第 3 期。

得,而第二次及以后具有了非法占有的目的,其行为性质当然发生了变化。[①] 应该说,在某些犯罪中,在客观方面完全相同的情况下,仅因主观方面不同而使犯罪性质发生相应的变化,也是正常的现象。例如,同是重伤他人的行为,若有置人于死亡之意欲,则为故意杀人(未遂)罪;若有使人受重伤之意欲,则为故意伤害罪;若没有伤害之意欲,则可能是过失伤害或意外事件等。

2. 关于客观方面

从客观方面来看,许霆实施了秘密窃取银行钱款的行为,且数额特别巨大。具体而言,主要包括以下几个方面:

其一,许霆的行为符合盗窃罪中"秘密"窃取的特征。

所谓秘密窃取,我国刑法理论一般认为,是指行为人采取自认为不使他人发觉的方法占有他人财物。只要行为人主观上是意图秘密窃取,即使客观上已被他人发觉或者注意,也不影响盗窃性质的认定。那么许霆实施的行为是否属于秘密窃取呢?有不少人认为,许霆使用的是本人真实的银行卡到有监控录像的 ATM 机上取款,事后银行根据其账号可以追查到他的名字、住址和身份证号码,这等于他在取款时告诉银行说:"钱是我许霆取走的"。这完全是公开获取,而不是秘密窃取。[②] 许多学者根据我国通行的刑法理论对此进行了有力的批驳,较有代表性的如陈兴良教授认为,盗窃罪的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。根据这一解释,即使许霆使用本人实名的银行卡取款,事后银行能够追查到许霆,只要许霆在取款当时银行不知晓,就应当认为是秘密窃取。[③] 张明楷教授认为,即使认为盗窃必须"秘密窃取",也只是意味着行为人采取自认为被害人当时不会发现的方法窃取,而不影响许霆的行为成立盗窃罪。[④] 笔者认为上述论者的批驳基本上是合理的,需要进一步明确的是,对盗窃罪中"秘密性"含义的理解,至少应当包括以下三个方面的内容:(1) 秘密具有主观性。即是指行为人自认为没有被财物的所有人、占有人或保管者发觉,即使他们事后能够知晓也在所不问。其次,"掩耳盗铃"式的窃取财物(行为人自认为财物的所有人、占有人或保管人等不知晓,而实际上在其实施窃取财物时被当场发觉)也不影响"秘密性"的成立,不能否认盗窃的性质。(2) 秘密具有相对性。即秘密是相对于财物的所有人、占有人或保管者而言的,而非普适针对上述人员之外的其他人。如小偷在公共汽车上趁事主不注

---

① 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008 年 4 月 2 日第 6 版。

② 参见万静:《恶意取款案成热点 专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版;侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版;《许霆银行 ATM 机恶意取款案续:要求法院对其轻判》,载新华网 http://news. xinhuanet. com/legal/2008-02/23/content_7651347. htm.

③ 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

④ 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

意扒窃其钱包，即使其扒窃行为被其他乘客发现，也不能否认其窃取钱包的秘密性。(3) 秘密具有恒定性。即秘密性必须始终贯穿行为人整个行为始终。如果在窃取财物的过程中，行为人改变了主观上"秘密"窃取的意图，转而采用暴力、胁迫、欺骗等手段取得财物，那么其犯罪性质就发生了转化，"秘密性"也荡然无存，此时则不应以盗窃罪论处。以此来分析许霆案，不难得出结论，许霆的行为符合盗窃罪中窃取财物的"秘密性"特征。虽然许霆是利用真实的银行卡和输入自己的账户资料取款，银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份（身份的公开），可事实是许霆实施恶意取款行为时银行并不知晓情况，其身份的公开并不能否定其行为的秘密性，不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性，混淆两者的区别。退一步讲，即使银行当时知晓情况，但只要许霆行为时自认为银行并不知晓，也已足够。而许霆所作的"银行应该不知道"、"机器知道，人不知道"等供述，也进一步印证了其实施恶意取款行为时，自认为银行不能及时发现和不知晓情况。

其二，许霆实施了"窃取"银行钱款的行为。

盗窃罪客观方面的一个重要行为特征是"窃取"。所谓窃取，一般是指违反财物所有人或占有人的意思，以隐蔽手段（即盗窃罪中的"秘密性"）排除他人对财物的支配关系，将目的物转移给自己或者第三者占有（建立自己的非法支配关系）。在大陆法系国家刑法理论中，现在一般认为，窃取并不一定要求是秘密取走，只要行为人没有使用暴力、胁迫手段而取走财物，就可以认为是窃取。有的国家刑法（如德国、日本）没有规定抢夺罪，于是将公然夺取财物的行为，也认定为窃取（某些情况下的抢夺可能认定为抢劫）。有学者解释说，行为人在着手夺取的瞬间，实际上是秘密的，所以可以认定为窃取。[①] 而在英美法系国家中，各自规定的盗窃罪的含义相差甚远，如加拿大刑法规定的盗窃不仅包括典型的秘密窃取财物构成的盗窃，还包括了以欺诈手段取得或改装任何有生物或无生物、看管人盗窃（实际是侵占）被没收物等内容。而按照英国《1968 年盗窃罪法》和我国香港地区《盗窃罪条例》的规定，窃取一般是指"不诚实地将他人的财产据为己有"。就美国而言，大多数州关于偷盗罪中的客观行为是意指"实施了非法获取并拿走他人财产的行为"。可见，国外同我国对盗窃罪中客观行为的理解存在不少差异，相对而言，国外对窃取规定的范围比较宽泛，甚至还包括抢夺、诈骗、侵占等手段取得财物。当然，国外对"窃取"含义的理解不一定符合我国的实际情况，在我国公然夺取、诈骗、侵占取得财物等有相应的罪刑条文予以规制，并不构成盗窃罪。同时窃取肯定必须是秘密进行的。但需要强调的是，盗窃罪中"窃取"的手段与方法没有特别的限制，只要是转移了财物的占有，侵犯了他人财产所有权，对其方式就不应作特别的限定。诚如张明楷教授所言："就转移占有的取得型财产罪而言，只要不是符合其他财产

---

① 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 596 页。

罪特征的行为,就可能评价为盗窃行为。”①在许霆案中,虽然许霆取得钱款的行为相对于一般盗窃确有一定的特殊性,他不是通过侵入银行或者采取破坏性手段砸坏 ATM 机或篡改其程序从中取款,而是在认识到 ATM 机出现故障后利用这一故障反复操作以恶意取款,并且没有隐藏自己的真实身份,输入 ATM 机的是自己真实的账户资料和银行卡,钱款是 ATM 机“自动”吐出来的,似乎是在接受“错给”,怎么能说许霆的行为属于盗窃罪中的“窃取”呢?在笔者看来,许霆的行为方式虽相对于一般的盗窃手段和犯罪方法有较为明显的不同,但这只是形式上的差异,并无本质上的区别。作为一个具有正常理智的人,许霆应当知道其取款数额在存款限额以内,依据金融机构有关银行卡业务的相关规则和常识,客户用无透支功能的银行卡支取超过存款限额的钱款,显然是违背银行意志的。因而从许霆行为的整体性质来看,其完全符合盗窃罪中窃取的本质特征,应认为属于违背银行意志、侵犯其财产所有权和资金安全的一种特殊形式的“窃取”。

其三,许霆窃取的钱款数额特别巨大。

盗窃罪客观方面的要件之一,是行为所盗窃的财物达到了“数额较大”的标准。根据1997 年 11 月 4 日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(自 1998 年 3 月 17 日起施行)第 3 条的规定,个人盗窃公私财物价值人民币 500 元至 2 000 元以上的,为“数额较大”;个人盗窃公私财物价值人民币 5 000 元至 2 万元以上的,为“数额巨大”;个人盗窃公私财物价值人民币 3 万元至 10 万元以上的,为“数额特别巨大”。各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在前款规定的数额幅度内,分别确定本地区执行的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。此外,1998 年 3 月 26 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》在结合当时经济发展水平和社会治安状况的基础上,对盗窃罪数额的认定标准也作了同样的规定。据此,就许霆案而言,许霆利用 ATM 机故障恶意取款 17 万余元,无疑达到了“数额特别巨大”的标准,完全满足了盗窃罪在客观方面的此一要件。

(二)关于许霆的行为不构成其他犯罪的分析

许霆之所以构成盗窃罪而不是其他犯罪,乃是因为其行为完全符合盗窃罪的构成要件,相反只是行为的某些方面与侵占罪、诈骗罪和信用卡诈骗罪的若干构成要件相符或相似,但实际上并不构成侵占罪、诈骗罪和信用卡诈骗罪。为了更好地说明这一点,在此有必要对其为什么不构成侵占罪、诈骗罪和信用卡诈骗罪作进一步地分析。

---

① 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

1. 许霆的行为不构成侵占罪

所谓侵占罪,是指以非法占有的目的,将代为保管的他人财物,或者合法持有的他人遗忘物、埋藏物非法据为己有,数额较大,拒不退还的行为。分析侵占罪客观方面的要件,侵占行为的突出特点是“变合法所有为非法持有”,即行为人已合法持有他人财物,这是构成侵占罪的前提条件。根据《刑法》第270条的规定,作为侵占罪行为前提的“合法持有他人财物”包括以下两种情形:一是以合法方式代为保管他人财物,这是一种典型意义上的侵占;二是合法占有他人的遗忘物或者埋藏物,即对于“脱离占有物的侵占”。那么许霆的行为是否符合上述侵占的构成特征呢?广州市中级人民法院有关负责人在就许霆案一审重审后的定罪量刑问题接受新闻媒体采访时指出,被告人许霆所非法占有的是银行放在自动柜员机内用于经营的资金,该资金既不是他人的遗忘物、埋藏物,也不是银行委托许霆代为保管的财物,故许霆的行为不符合侵占罪的犯罪构成要件。① 笔者也持否定态度,并认为许霆的行为之所以不构成侵占罪,根本的原因在于其不符合侵占罪客观方面的构成要件,即不具备“合法持有他人财物”这一成立侵占罪的前提条件。许霆利用ATM机故障恶意取出的17万余元,显然不是“合法持有”,不是以合法方式取得对银行资金的占有权,而是违背银行意志的,是一种侵犯银行财产所有权的“非法持有”。当然,这里的“持有”,并不仅等于“握有”或“携带”,而是指对财物的事实上的控制或支配的状态,许霆恶意取款几天后又携款潜逃,更是对银行财物的非法处分和利用了。所以,综观许霆案,许霆对银行资金不存在“合法持有”这一前提,不符合“变合法所有为非法持有”这一侵占罪成立的客观方面的构成要件,因而其行为不应构成侵占罪。

2. 许霆的行为不构成诈骗罪

许霆的行为不构成侵占罪已如前述,那么其行为是否符合诈骗罪的构成要件呢?答案同样是否定的。诈骗罪的客观方面,表现为用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法,骗取公私财物,数额较大的行为。诈骗行为的最突出特点,就是行为人设法使被害人在认识上产生错觉,以致“自觉地”将自己所有或持有的财物交付给行为人或者放弃自己的所有权等。其行为构造是:行为人的欺诈行为——受害人产生认识错误——受害人基于认识错误处分财产——行为人获得财产或使第三者获得财产——受害人遭受财产上的损害。在许霆案中,许霆恶意取得的钱款并不是银行基于认识错误而处分财产的结果,许霆的行为也不是使银行产生处分财产的认识错误的欺骗行为。从全案的案情来看,许霆在认识到ATM机出现故障而利用这一故障恶意取款时,银行当时并不知晓情况,只是在事后通过技术手段(如对ATM清机、进行系统恢复并同主系统记

---

① 参见何靖、杨晓梅:《广州市中级人民法院有关负责人详解许霆盗窃案定罪量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日第4版。

载的数据比对、调取记账流水清单等)才知道这个情况,从而谈不上基于认识错误而处分财产。而作为银行对外提供客户自助金融服务的电子商务终端的 ATM 机(机器),只是因为程序升级出现了技术故障,本身是不能被骗的。正如有学者指出,机器是不能被骗的,即机器不可能成为诈骗罪与金融诈骗罪中的受骗者,认定许霆行为构成诈骗罪与金融诈骗罪,有违罪刑法定之嫌。[①] 主张许霆的行为构成诈骗罪的学者认为,法律以及法律学说应当承认机器人具有一定的人类"性格",否则,我们的法律或法律学说将不能适应同犯罪作斗争的需要。[②] 笔者认为这种观点是值得商榷的。首先,ATM 机是机器,而不是机器人,其本身也不具有意志,它只是银行用以传达和表达其意志的工具,在功能上类似于一台内置有程序或指令序列的电脑,总不至于因为电脑也可在一定程度上执行人类的某种功能就认为其具有一定的人类"性格",就可以成为诈骗罪的受骗者。由此可见,该学者实际上是犯了一个"偷换概念"的逻辑错误。其次,随着科学技术的迅猛发展,机器人在设计之时可能被赋予了一定的人类思维或认识的某种能力,具有了"人"的诸多特征,但机器人终究只是机器人,而不是人,是否承认机器人具有一定的人类"性格"与法律以及法律学说能否适应同犯罪作斗争的需要,并无必然联系。

3. 许霆的行为不构成信用卡诈骗罪

关于极少数人主张的许霆行为构成信用卡诈骗罪的观点,主要涉及对信用卡诈骗罪中"恶意透支"的理解问题。根据《刑法》第 196 条的规定,恶意透支是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。首先应当明确的是,恶意透支是相对于善意透支而言的,两者的区别在于:后者是先用后还,在法定期限内还本付息;而前者则是以非法占有为目的,根本就不想归还透支的资金。不管是恶意透支还是善意透支,其前提均是持卡人使用的必须是能够透支的信用卡。而在许霆案中,许霆使用的实际上是一种只能在存款限额内进行消费使用的银行借记卡,显然不具备透支功能。至于有学者指出:"由于 ATM 机出故障,许霆所用借记卡能够在自己卡中仅存 170 余元的情况下取出 17 万余元现金,表明其借记卡已具备了透支的功能(即在卡中无存款记录的情况下先支取钱款)。如果他是以非法占有为目的,经发卡银行催收后仍不归还,那就是恶意透支。"[③]"对许霆案之类的案件不定盗窃罪,而按非法透支处理,还可以避免出现不合常理的处罚现象。"[④]笔者认为这种观点是值得商榷的。首先,因为许霆在自己卡中仅存 170 余元的情况下取出 17 万余元现金的这一客观事实并不足以佐证其使用的借记卡就具有透支功能。如果 ATM 机

---

① 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

② 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载《法制日报》2008 年 1 月 28 日第 14 版。

③ 刘明祥:《在 ATM 机上恶意取款行为不应定盗窃罪》,载《检察日报》2008 年 1 月 8 日。

④ 同上注。

没有出现故障,还能说许霆所用的借记卡具有透支功能吗? 相信该论者也不会承认。果真如此,那岂不借记卡是否具有透支功能就完全取决于偶然事件的发生(ATM 机出现故障)? 这显然是不合理的。其实,我国《刑法》第 196 条关于信用卡诈骗罪规定中的“恶意透支”情形的“透支”是有特定含义的。“这里规定的‘透支’是指在银行设立账户的客户在账户上已无资金或资金不足的情况下,经过银行批准,允许客户以超过其账上资金的额度支用款项的行为。”①许霆的所谓“透支”不仅未经银行批准,相反完全是违背银行意志的。同时,也不存在所谓的“经发卡行催收后仍不归还”的问题,因为在信用卡诈骗罪中,“经发卡行催收后仍不归还”是恶意透支型信用卡诈骗罪的客观构成要件,行为人在规定限额或期限内透支时并不构成犯罪,而只是在其“经发卡行催收后仍不归还”时,才充分表明和彰显其具有非法占有他人资金的意图或目的,才构成犯罪。而在许霆案中,银行要求许霆退还多取的超额钱款时,许霆的行为就已然构成了刑事犯罪,“经发卡行催收后仍不归还”只不过是银行事后意图从被告人处挽回损失无结果罢了。其次,以“避免出现不合常理的处罚现象”为由主张对许霆不定盗窃罪而按信用卡诈骗罪中非法透支情形处理的观点,也是十分牵强的。处罚是否合乎常理,是立法本身的设计合理与否以及司法者能否切实做到罪责刑相适应的问题,不会也不应影响对行为人的犯罪行为性质的认定。况且根据许霆行为的性质以盗窃罪论处是否必定就会导致不合理的处罚现象,也还是一个有待探讨的问题。② 此外,许霆的行为不应构成信用卡诈骗罪,还可从信用卡诈骗罪的客体来分析得出。信用卡诈骗罪的客体是复杂客体,即国家对信用卡的管理制度和他人的财产所有权。而在许霆案中行为人使用的是真实的银行卡(无信贷功能)从 ATM 机上恶意取款,银行卡只是其恶意取款的工具,并没有导致银行的资金不能正常周转和违反银行关于信用卡透支的管理规定,不存在破坏国家对信用卡管理制度的问题,因而其侵犯的只是银行的财产所有权,而非国家对信用卡的管理制度。综上所述,许霆的行为不应认定为信用卡诈骗罪。

四、罪重与罪轻的区分:许霆的行为是否属于盗窃金融机构

许霆不论是在一审中被判处无期徒刑还是一审重审后被改判为 5 年有期徒刑,法院都认定其是盗窃金融机构,从而适用盗窃罪中加重情形的法定刑。那么许霆的行为是否真的属于盗窃金融机构呢? 这一问题引起了较大争议,刑法学界分歧也相当明显。有不少人认为许霆的行为属于盗窃金融机构。其中较有代表性的观点,如有学者认为,“《刑法》第 264 条规定的‘盗窃金融机构’是‘盗窃金融机构资金’的缩略语,因

---

① 胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第 2 版),法律出版社 2004 年版,第 275 页。
② 关于许霆案的处罚轻重(量刑)问题,下文将会作详细分析,暂容此不论。

为金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象的。对此,1998 年 3 月 10 日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条的规定,即《刑法》第 264 条规定的'盗窃金融机构',是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。因此,只要承认自动取款机中的款项是金融机构的经营资金,就难以否认许霆的行为属于盗窃金融机构。"[①]还有学者认为,"许霆并没有盗窃 ATM 机,而是盗窃了 ATM 机中的现金,ATM 机中的现金是银行的经营资金,银行属于金融机构,故许霆盗窃了金融机构的经营资金。"[②]另有学者指出,"第一,取款机是工具,但是,银行将它设立在公共场所的一定空间,就成为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样。第二,刑法规定的'盗窃金融机构'重点在于金融机构的资金,在国家经济建设中具有不同于一般单位或个人的资金的重要功能及意义,所以,需要给予特殊的保护。既然取款机内的资金属于银行所有,就没有理由把盗窃取款机内的资金排除在盗窃金融机构之外。"[③]此外,还有相当一部分人认为,ATM 机是金融机构的延伸,故而许霆的行为属于盗窃金融机构。[④] 仔细分析上述认为许霆行为属于盗窃金融机构的几种有代表性的观点,不难发现,其论证的根据和理论逻辑大都是依据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条的规定,即认为"盗窃金融机构"是"盗窃金融机构财物"的省略表述,而 ATM 机中的资金又是银行(金融机构)的经营资金,故许霆盗窃 ATM 机中的资金属于盗窃金融机构。但问题是,ATM 机中的钱款属于银行所有是否就是许霆的行为构成盗窃金融机构的充分理由?看来是不无疑问的。问题在于许霆的行为能否认定为盗窃金融机构并不仅仅取决于这一钱款是否属于银行所有,犯罪行为的性质也并不必然是由犯罪对象的法律属性所决定。当然,与此同时,不论是理论界还是实务部门,也出现了主张许霆行为不应认定为盗窃金融机构的声音。如有人认为,"至于说 ATM 机是不是金融机构,我想,正确的回答只能是否定的。因为,能称为'机构'者,是包括组织、人员在内的。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。请问,没有组织,没有人员,能叫机构吗?ATM 机顶多也只能算是金融机构的一种工具而已,说它是金融机构的延伸,实在荒唐。"[⑤]另有人指出,"在银行人工柜台上办理取款业务时营业员多支付了客户钱款或者客户取款后营业员在客户存折上少登记了能够推定客户盗窃金融机构吗?当然不

---

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

② 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

③ 王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008 年 4 月 2 日第 6 版。

④ 参见《ATM 机引发的牢狱之灾》,载 http://view.news.qq.com/zt/2007/atm.

⑤ 万静:《恶意取款案成热点 专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版。

能吧！同理，许霆的行为不应被推定为盗窃金融而被课加本来不应当由其承担的额外加重的刑事责任。”①等等。

虽然笔者也赞同许霆的行为不宜认定为盗窃金融机构而应属普通盗窃，但还需要作进一步的论证。

首先，从立法原意来看，我国1979年《刑法》对盗窃罪并没有规定死刑，为严惩盗窃等严重破坏经济的犯罪，1982年3月8日全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》将盗窃罪的法定最高刑提升为死刑。由此而造成司法实践中对盗窃罪大量适用死刑的状况。在1997年《刑法》修改过程中，刑法理论界曾提出立法建议，认为对盗窃罪不应设置死刑。在1997年3月6日八届全国人大五次会议分组审议《中华人民共和国刑法（修订草案）》时，有代表提出，刑法修订草案第263条规定的盗窃罪的最高刑为死刑，刑罚偏重。② 时任全国人大常委会副委员长的王汉斌同志在关于《中华人民共和国刑法（修订草案）》的说明（1996年12月24日）中谈到死刑问题时也指出，“有些同志认为现行法律规定的死刑多了，主张减少。这是值得重视的。但是，考虑到目前社会治安的形势严峻，经济犯罪的情况严重，还不具备减少死刑的条件。这次修订，对现行法律规定的死刑，原则上不减少也不增加。”③经过最后的审议和讨论，国家立法机关在综合各方面的情况并充分权衡的基础上，“考虑到盗窃犯罪属于财产犯罪，一般情况下这类犯罪除造成损失外尚不会发生人身或者其他方面的严重损害。另一方面鉴于原有的刑事法律已对盗窃罪规定了死刑，且实践中也确有罪大恶极需要判处死刑的情况。从罪刑相当的原则出发，这次修订刑法保留了盗窃罪的死刑，但对可判处死刑的情形作了严格的限制，明确规定：盗窃金融机构，数额特别巨大的；盗窃珍贵文物，情节严重的，处无期徒刑或者死刑。”④由此可见，1997年《刑法》在盗窃罪死刑存废问题上采取保留死刑并严格限制的方式，即对盗窃罪仍规定适用死刑，但适用死刑的面与以前相比大幅度缩小，仅限于盗窃金融机构、数额特别巨大的，盗窃珍贵文物，情节严重的，才适用死刑。也就是说，1997年《刑法》第264条之所以规定“盗窃金融机构，数额特别巨大的”作为可以适用死刑的加重情形之一，其立法原意主要是为了严格限制死刑的适用，当然也是在考虑到我国实际情况的基础上，综合权衡利弊后慎重决定的。从限制死刑适用的这一立法原意出发，笔者认为，应当对作为盗窃罪中加重情形的“盗窃金融机构”作出合理、严格的限制解释，而不应将ATM机解释成金融机构，也不宜把盗窃ATM机中的资金解释成为“盗窃金融机构”。故而许霆的行为

---

① 李道军：《对许霆案的深层解读》，载《法制日报》2008年1月20日第14版。

② 参见高铭暄、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》，中国人民公安大学出版社1998年版，第2230页。

③ 同上注，第1543—1544页。

④ 胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社1997年版，第376页。

不宜认定为“盗窃金融机构”。否则,如果将许霆利用 ATM 机故障而恶意取款的行为解释成盗窃罪中加重情形的“盗窃金融机构”,那么按照《刑法》第 264 条第 2 款的规定,对其适用的最低刑罚应是无期徒刑,这样势必会在整体上扩大死刑在盗窃罪中的适用范围,与新刑法典在盗窃罪上严格限制适用死刑的立法原意无疑是南辕北辙的。至于有学者指出:“不能为了对被告人从宽处罚就对‘金融机构’的含义作所谓的限制解释,而将 ATM 机排除在‘金融机构’之外。这既不符合前述司法解释(指最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条——引者注)的精神,也超越了限制解释的界限。”①在笔者看来,该学者之所以会得出上述结论,实际上是对《刑法》第 264 条第 2 款之立法原意的忽视。刻意追求对被告人从宽处罚而对“金融机构”的含义作出限制解释固然会超越限制解释的界限,但依据立法原意而对“盗窃金融机构”作出合理、严格的限制解释则不仅是必要的而且也是合理的。

其次,从立法精神来看,1997 年刑法之所以选择规定“盗窃金融机构,数额特别巨大的”适用加重情形的法定刑(无期徒刑或死刑),除严格限制适用死刑的立法原意外,还因为立法者当时认为金融机构本身的特殊性及其资金在国家经济建设中有着不同于一般单位和个人的资金的重要功能与意义,因而需要予以特殊保护,而且通常是指破门而入盗窃金融机构的资金或者通过篡改金融机构的系统程序或破坏其设备等进入金融机构内部(包括物理空间和虚拟空间)进行盗窃的情形,因为只有这些有预谋或者破坏性的进入金融机构内部盗窃金融机构资金的行为,才有着特别严重的社会危害性,犯罪性质和情节才比较恶劣,故而也才需要运用较高的刑罚甚至不惜动用死刑进行抗制,以体现罪责刑相适应的要求。在本案中,对于行为人利用 ATM 机故障恶意取款的行为,法律或司法解释里都没有作具体规定。正如时任广东省高级人民法院院长的吕伯涛大法官就许霆案接受记者采访时所言:“许霆的行为算不算盗窃金融机构?大家可以讨论。因为过去盗窃银行机构就是撬开银行的门,进去盗窃,但现在是柜员机,在法律里或在司法解释里都没有具体规定。作为银行来说,要是说柜员机不算银行机构的话,那银行肯定不干。但是这个柜员机和传统意义上的金融机构有没有区别呢?肯定有区别。”②区别何在呢?有人指出:“传统意义上的金融机构是指银行、保险公司、信托公司等,它们有严格的保安系统,要突破层层关卡才能进入银行行窃,正因如此,刑法才对这些机构进行重点保护,但本案并非这种情况,被告人并没有为实施盗窃而突破层层保安。即便有人说柜员机是银行的设施,可视为银行这个金融机构的延伸和组成部分,但它也必须是在银行的控制下才行,现在它出错了,银行不能控制它了,还能将其定性为金融机构吗?”③应当说,许霆既未采用破坏性或技术性的手段进入

---

① 付立庆:《“利用 ATM 故障恶意取款案”法律性质辨析》,载《法学》2008 年第 2 期。

② 夏令等:《广东省高院院长称许霆案难界定为盗窃金融机构》,载《信息时报》2008 年 1 月 18 日。

③ 法如水:《许霆案的思索》,载 http://blog.qingdaonews.com/z/16401/archives/2008/180413.html.

到银行内部或通过篡改程序等窃入其系统,也没有撬开或砸破 ATM 机来获取款项等,他是按 ATM 机上的正常程序来操作的,取款行为本身与一般客户的取款操作并无两样。同时,许霆行为只是在 ATM 机出现故障的情形下才发生的,ATM 机发生故障是他实施恶意取款行为的必要条件。不论是从许霆行为的犯罪性质及情节的严重程度来看,还是从他的主观恶性与人身危险性的大小着眼,均不宜将许霆的行为认定为"盗窃金融机构"而适用盗窃罪加重情形的法定刑档次。

复次,从 ATM 机的法律性质来看,有人说"ATM 机是金融机构的延伸",这在原则上似乎没有什么错误,但在笔者看来,需要强调的是不能把金融机构的延伸简单等同于金融机构本身。如果金融机构把资金放在其 ATM 机里,ATM 机就成了金融机构,盗窃 ATM 机上的资金就成了"盗窃金融机构",那么,金融机构把资金放在其各种交通工具里,是否各种交通工具也都成了金融机构?盗窃这类交通工具上的资金是否也属于"盗窃金融机构"呢?若如此,显然不合理。再比如,假设许霆不是利用 ATM 机故障,而是利用银行柜台营业员的疏漏反复多次恶意取款,那么其是否也属于"盗窃金融机构"呢?答案当然也是否定的。所以,不能因为 ATM 机中的资金属于银行(金融机构)的经营资金,就简单地认定许霆利用 ATM 机故障而恶意将其取走的行为属于"盗窃金融机构"。其实,ATM 机只是银行对外提供客户自助金融服务的电子商务终端,在法律地位上相当于一个电子营业员,它和一个作为自然人的银行营业员在经营业务上并没有本质的区别。正如杨兴培教授所言:"从本案的发生过程来看,许霆的银行卡当属于借记卡,许霆前往 ATM 取钱相当于其本人前往银行柜台上取钱,两者虽有形式上的不同,但在法律属性的本质上则完全一样。"①既然利用银行柜台营业员的疏漏反复多次恶意取款不能认为是"盗窃金融机构",那么利用 ATM 机故障而恶意取款不应认为属于"盗窃金融机构",自是不言自明。

再次,从有利被告的原则来看,对许霆的行为也不宜解释为"盗窃金融机构"。应该说,在我国当前的刑事法治话语中,有利被告已不是一个陌生的字眼。其肇始于"有疑问便有利于被告(in dubio pre reo)"的西方古老法谚。实体意义上的有利被告,作为罪刑法定和刑法明确性原则的一条派生和补足原则,指的是当刑法适用上遇有暂时"解释不清"的疑难时,应该作出有利于被告人的选择。② 有利被告作为规制刑事司法的一条原则,具有深厚的理论基础,其符合人权保障的现代刑事法治精神。具体到许霆案,当其行为是不是盗窃金融机构的问题还存在模糊之处或者暂时"解释不清"而存疑时,"有利被告"应当是法院适用刑法时作出的唯一必然选择。也就是说,法院应按照有利被告的原则对许霆利用这 ATM 机故障恶意取款的行为进行合理的限制解释,

---

① 杨兴培:《"许霆案"的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008 年第 3 期。
② 参见邱兴隆:《有利被告论探究——以实体刑法为视角》,载《中国法学》2004 年第 6 期。

即不应作出把许霆盗窃 ATM 机中资金的行为解释成为“盗窃金融机构”这一不利被告的解释。因为法律的模糊或漏洞应当由立法者自己来承担不利后果,而不能转嫁给国民。如果允许对法律不明确的地方或遇到“解释不清”的疑难时,可以作出不利于被告的解释,无异于让司法者代行了立法者的权力,国民势必失去对自己行为之法律后果的预测可能性,而生活在惶恐不安之中,无疑会导致行为机能的萎缩。总而言之,笔者认为,按照有利被告的原则对许霆行为作出合理的限制解释,不认定其行为为“盗窃金融机构”,应当是比较妥当的结论。

最后,从社会相当性理论来看,对许霆的行为也不宜认定为盗窃金融机构。社会相当性理论的本义,是指对于某些在通常情形下本属违法的法益侵害或危险行为,只要该行为符合历史地形成的国民共同的秩序而与社会生活相当,就应否定该行为违法性的理论。[①] 该理论在立法论、解释论、违法性评价、责任判断和法定刑配置等方面都具有相当重要的机能。就解释论机能而言,“严重脱逸社会相当性理论,体现了刑法的谦抑思想,既是对国家刑罚权的限制,同时也是对个人自由的张扬。在刑法规范的自由区内,运用严重脱逸社会相当性理论来解释犯罪的构成要件要素,并未超越刑法规范,而是在刑法规范的形式理性中,贯彻和实现刑法的实质理性——刑法正义。”[②]应当说,作为犯罪构成要件解释原理的社会相当性理论具有极大的包容性,能够综合考虑司法实践中需要衡量的各种因素,从而保持司法适用的理性和解释的强大生命力。在许霆案中,对于 ATM 机是否金融机构,许霆的行为是否属于“盗窃金融机构”,同样也需要用社会相当性的思想来考量,因为对其的判断与解释同特定社会的普遍化的社会价值、文化观念或伦理道德息息相关。此时,特定社会普遍化的社会价值、文化观念或伦理道德,实际上就是社会相当性的一种置换。从社会相当性的角度考虑,应该说在普通大众的法治观念里,许霆行为应受非难谴责的程度比较低,对其的规范评价不会很严厉。其实,“许霆一案如此引人关注,说明大家心里有一个恐惧,每个人都有可能面临像许霆一样的诱惑,而很多人对自己能否经受住诱惑其实没有信心。”[③]因为按照历史地形成的国民的共同秩序和社会伦理价值观念,许霆利用 ATM 机故障而恶意取款 17 万余元的行为以付出其终生自由乃至要牺牲生命为代价(如果将其认定为盗窃罪中加重情形的“盗窃金融机构”),在社会大多数人看来,这是苛酷和难以接受的,严重偏离了社会大众对正义的期盼和长期以来涵化的伦理情感。难怪不少市民在许霆案一审后发出“把 ATM 机视为金融机构太过严苛,那岂不满大街都是金融机构了”的

---

① 参见于改之:《社会相当性理论的体系地位及其在我国的适用》,载《比较法研究》2007 年第 5 期。

② 于改之:《社会相当性理论的机能》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2007 年第 5 期。

③ 《许霆:一念之差的代价》,载《法律与生活》2008 年第 1 期。

感慨。[①] 故而从社会相当性的思想着眼，不应将 ATM 机解释成金融机构，许霆行为也不宜认定为“盗窃金融机构”。作这样的解释与认定是符合常理的，也是与社会生活相当的。不难理解，刑法规范只有符合历史地形成的国民共同的秩序而与社会生活相当并倾注对人性的同情，方能获得永恒的生命空间与生存张力，惟其如此，作为其他一切法律之制裁力量的刑法，始能涵化为社会的“生活法”而为国民自愿加以遵守，社会大众也才会树立对它的忠诚和信仰。

五、罪责刑相适应的衡量：关于许霆案的量刑问题

许霆案的量刑问题同样是社会各界广泛关注的焦点。自 2007 年 11 月 20 日广州市中级人民法院一审作出判处许霆无期徒刑的判决伊始，许霆案在社会上便引起了轩然大波，反响强烈，尤其是网络舆论铺天盖地，“九成以上的网友认为法院对许霆量刑过重。”[②]网络民意对法院判决的“积怨”，推动着许霆案像滚雪球一样越滚越大。原因很简单，老百姓们认为，这年头，为什么贪污受贿成百上千万的贪官大多也只是最高判处无期徒刑，而作为打工仔的许霆只不过是利用 ATM 机故障恶意取款 17 万余元，竟然也被判处无期徒刑，差距如此悬殊，公平正义何在？有网友愤懑不满地表示：“贪官贪污 1 亿与许霆取款 17 万同判无期的内在原因是：贪官是官，许霆是老百姓。”甚至还有人直陈中国法律的“弊端”，不无讽刺地指出：“中国的法律是橡皮筋式的，因人身份地位不同，松紧度很大。”[③]尽管网友们的上述指责有些言过其实，带有很多的非理性色彩，但却也道出了民众朴素的法律情感，直指中国刑法规范上的软肋。当然许霆案引起如此空前的关注也与本案当事者之一的银行不无关系，此案中银行亦有过错，却没有承担任何责任，银行与储户地位在现实生活中的不平等，广大公民感同身受，难免“于心有戚戚焉”。在“民意”和舆论的强大压力下，案件终于出现了转机。2008 年 1 月 9 日，广东省高级人民法院作出了撤销原判的裁定，将许霆案发回广州市中级人民法院重新审理。一切似乎变得玄妙和充满戏剧性。及至 2008 年 3 月 31 日，处在舆论风口浪尖的广州市中级人民法院在众人瞩目下作出了一审重审判决，仍以盗窃金融机构的犯罪定罪却改判许霆 5 年有期徒刑。对于许霆案的重审改判，在法学界和社会公众中再一次引发了热议。据新浪网所作的“你是否接受许霆案的重审结果？”的网上民意调查[④]显示，有 82.59% 的人认为，对许霆案的重审结果不能接受，许霆应判无罪或更

---

① 参见黄琼：《ATM 机出故障 男子 171 次恶意取款被判无期》，载金羊网 http://www.ycwb.com/2007-12/20/content_1728302.htm，2007 年 12 月 17 日。

② 参见《九成网友认为量刑过重》，载《羊城晚报》2007 年 12 月 25 日第 A8 版。

③ 余亚莲、黄琼：《从无期到 5 年 谁是许霆案幕后推手？》，载金羊网 http://www.ycwb.com/xkb/2008-04/01/content_1847270.htm，2008 年 4 月 1 日。

④ 截至 2008 年 5 月 22 日，共有 10 559 人参与投票。

轻的刑罚。有16.56%的人表示,能够接受,改判为5年算是宽大了。仅有0.84%的人表示不关心,无所谓。[①] 而南都网所作的许霆重审被判“五年重不重?判得冤不冤?”的网上民意调查[②]则显示,有41.2%的网民认为太重,而53%的网民则认为太轻,认为合适的仅只有5.8%。[③] 这与一审判决时超过九成网民认为量刑太重形成鲜明对比。重审结果既出,坊间议论虽未见得同声同气,但较之于此前对无期徒刑判决的口诛笔伐,毕竟舆情得以疏解,民心有所宽慰。

许霆案的量刑确有许多值得反思的地方,如重审改判为5年有期徒刑是否合适?有无正当性根据?酌定量刑情节[④]是否缺位?等等。一审和重审认定的事实与证据完全相同,即许霆是盗窃金融机构,数额特别巨大,没有法定减轻处罚情节。那为何对许霆由无期徒刑改判为5年有期徒刑?该案重审《判决书》在判决理由部分明确指出,许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应适用“无期徒刑或者死刑,并处没收财产”的刑罚。但鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。[⑤] 广州市中级人民法院有关负责人在重审判决宣判后召开的新闻发布会上也提到,重审判决之所以对许霆在法定刑以下量刑,主要基于两点考虑:一是许霆的盗窃犯意和取款行为与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,主观恶性相对较小;二是许霆利用自动柜员机出现异常窃取款项,与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,如果依据法定量刑幅度,即使就低判处许霆无期徒刑,仍然不符合罪责刑相适应的原则。考虑到许霆案的特殊情况,依照我国《刑法》第63条第2款关于“犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚”的规定,决定对被告人许霆在法定刑以下量刑,判处有期徒刑5年。[⑥] 笔者认为,如果许霆案按照普通盗窃罪判罚,本次判决的程序无可厚非,但是改判为5年有期徒刑的量刑显然过轻,依法判处10年左右的有期徒刑也许更为适当。许霆的行为不宜认定为盗窃金融机构,前文已作了详细论述,在此不复赘。

---

① 见新浪网 http://survey.news.sina.com.cn.

② 截至2008年5月22日,共有4008人参与投票。

③ 见南都网 http://epaper.nddaily.com/A/html/2008-04/01/content_428622.htm.

④ 例如,如前所述,在许霆案中银行是存在过错的。虽然银行过错及其大小并不足以否定许霆行为的犯罪性,但在量刑时予以适当考虑则是合理的。而广州市中级人民法院有关负责人就许霆案为何改判为5年有期徒刑的量刑根据在新闻发布会上进行说明时并未提及此一情节。

⑤ 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第2号。

⑥ 参见马远琼:《许霆案重审:为何由无期改判五年》,载《检察日报》2008年4月1日第4版。

事实上，一审和重审均认定了许霆恶意取款 17 万余元，数额特别巨大，即使认为其不属于盗窃金融机构（即按普通盗窃处理），按照《刑法》第 264 条的规定，判处的刑罚也应当是 10 年以上有期徒刑或无期徒刑，而非不满 10 年有期徒刑。如果认为许霆行为还符合盗窃金融机构这一加重情形的话，则更应如此。众所周知，我国《刑法》第 264 条对盗窃罪中"盗窃金融机构，数额特别巨大的"情形配置的刑罚是"无期徒刑或者死刑"。即使按照《刑法》第 63 条第 2 款特殊减轻的规定①在法定刑以下判处刑罚，也不宜判处不满 10 年有期徒刑。因为同等情况下，普通盗窃罪都应判处 10 年以上有期徒刑，更何况盗窃金融机构这一加重情形的盗窃罪？如果判处 10 年以下的有期徒刑，势必会导致这样一个严重的后果：数额特别巨大的普通盗窃，都应判处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑；而数额特别巨大的加重情形的盗窃金融机构因为特殊减轻处罚的规定反而只判处几年有期徒刑。这合理吗？这符合罪刑均衡的要求吗？答案显然是不言而喻的。另外，对于许霆案，同样的事实与证据，同一案件，同一法院，一审与重审的结果，由无期徒刑到 5 年有期徒刑，缘何会有如此巨大悬殊？法官在适用《刑法》第 63 条第 2 款特别减轻处罚的规定而行使自由裁量权时难道不应有合理的限度吗？无怪乎在重审结果出炉后，不少民众发出"从无期徒刑改为有期徒刑五年，前后两次判决如此大差距，实在没有想到！"②的感叹。事实上，"无期徒刑与 5 年有期徒刑之间的落差几乎就是垂直落地动作，旁观者想不惊叹亦不可得。"③甚至还有不少人质疑："如果按盗窃罪量刑，被判无期可以说有依据，判 5 年依据是什么？这样一审无期二审 5 年的做法，真是莫名其妙，难道舆论可以左右法律，许霆案固然有特殊之处，但法院这种随意处置，哪是什么法治社会？"④在笔者看来，法院前后两次判决量刑如此之悬殊，法官运用现有刑法制度灵活纠偏时没有把握好合理的度，直接由无期徒刑大幅度地改判为 5 年有期徒刑，是对刑法适用性合理限度的忽视，因而是极不严肃的。同样的事实

① 许霆案是否属于适用现行《刑法》第 63 条第 2 款特殊减轻制度之"特殊情况"，也值得探讨。我国 1979 年《刑法》第 59 条第 2 款对特殊减轻处罚制度的规定是"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚"。刑法修改时对这一规定作了重大修改：一是从批准的程序上进行了更为严格的限制，将"经审判委员会决定"修改为"经最高人民法院核准"；二是将"根据案件的具体情况"改为"根据案件的特殊情况"。而案件的特殊情况，主要是指案件的特殊性，如涉及政治、外交等情况。（参见胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 1997 年版，第 71 页）由此可见，从立法初衷来看，现行《刑法》第 63 条第 2 款规定的"特殊情况"，主要是指案件涉及政治、外交、国防、宗教、民族、统战等方面的特殊需要而在法定刑以下判处刑罚的情况。在实际执行中，由于对判处法定最低刑还是过重的情况界限不明确，随意性较大，存在不少问题。

② 《许霆以盗窃罪被判 5 年 追缴赃款罚 2 万》，载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-03/31/content_7892288.htm，2008 年 03 月 31 日。

③ 五岳散人：《许霆的轻判：媒体与司法的双输》，载《南方都市报》2008 年 4 月 2 日。

④ 李朝涛、张立璞：《许霆轻判庭上惊叹一片 法院称属特案特判》，载红网 http://china.rednet.cn/c/2008/04/01/1474604_5.htm.

与证据,许霆案却如此大幅度地改判,到底是媒体的胜利还是法院的悲哀抑或是法律的尴尬!如此一来,势必会加剧民众对法律和司法的不信任,也将对“法制统一”原则造成严重冲击。如果裁量刑罚,并非依据法律和具体案情以及司法规律,而仅仅受舆论关注度的大小左右,那么不论许霆案的改判是否实现了实质正义,都难称是司法甚至是法律的胜利,这对于法治社会的建设显然是无益的。其实,如果许霆案第一审就按照普通盗窃罪来审理,法院判处许霆10年以上有期徒刑或者根据该案的特殊情况判处其数额特别巨大情形下的盗窃罪之最低刑10年有期徒刑,也许就不会在社会上引起如此大的轩然大波,许霆当然也就不会如此“幸运”了!

透过许霆案前后两次判决量刑轻重迥异表象的背后,我们还能够深深地管窥和体悟到,许霆案本身的意义在很大程度上已超越了个案量刑的轻重问题,而涉及了形式正义与实质正义的合理平衡、法律效果与社会效果的有机统一、罪刑均衡的理性建构等诸多深层次的问题。下面,且让笔者顺着思维的逻辑,围绕许霆案,对这些问题作些理论上的思考。

(一)形式正义与实质正义的合理平衡

正义涵括形式正义与实质正义两个部分。一个判决只有既体现实质正义的要求又不违背形式正义时才能说是真正正义的判决。许霆案前后两次审理的曲折过程及其反差极大的判决结果,充分显示了罪刑法定原则所要求的严格规则主义(形式正义)与一般社会公众对实质正义的心理期盼之间存在较大差距。一审判处许霆无期徒刑的判决结果既出,社会上质疑声此起彼伏。因为法官严格适用法律所产生的效果严重偏离了公众的正义感,踏翻了公众心目中的正义天平,判决结果缺乏具体的妥当性,因而难以被公众的法律情感所容纳和接受。如果许霆的行为被认定是盗窃金融机构,那么一审判处其无期徒刑至少从形式上看是符合法律规定的,符合罪刑法定主义的要求,但因为其过于强调了形式法治的意义,在维护刑法确定性的同时,牺牲了具体的妥当性,走到了一个极端,因而使得一审判决中形式正义与实质正义发生了尖锐的冲突。法律是原则的,为了实现形式正义,往往可能要损害个案公平。但一个合法的判决,未必就是一个正义的判决。许霆案的一审判决,也许实现了形式正义,但却不见得合乎情理,甚至有悖实质正义的要求。此时为了避免严格适用法律的过度僵化和苛刻所带来公众对实质正义的祈求的严重背离,那就需要法官运用自己的智慧,权衡其中的利弊,作出一个既符合法律又彰显情理的判决。也就是说,此时需要软化和缓解法律的刚性。尽管“我们并不倾向于赞成我们的法官以在某一特殊案件情形下适用某一法规会导致严重的非正义现象为理由而拒绝适用该法规”①,但是应在尽可能的情况下利用

---

① 〔美〕E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第461页。

(法律)制度内的资源进行补救或灵活纠偏。毕竟,法官不是法律的“自动售货机”。①许霆案重审的判决结果所依据和适用的是《刑法》第63条第2款规定的特殊减轻处罚制度,便可看作是对此作出的努力。其实,《刑法》第63条第2款正是严格的法律规则和程序为补救个案实质正义所留下的一道暗门。“立法者设置这道暗门的意义在于:它赋予机械的法律规则以血肉,使得法官在面对纷繁复杂的案件时,可以运用良知与社会经验来应对特殊情况,使个案正义也能以看得见的方式实现。但是在多一事不如少一事的衙门式思维中,这扇暗门已经尘封许久,锈迹斑斑。”②同时,也应当指出的是,尽管法院在重审判决中为寻求形式正义与实质正义之平衡的勇气和努力的行为可嘉,但毋庸讳言其并未能在规则和制度的约束下求得平衡之美,达到合理的平衡。形式正义与实质正义不仅需要平衡,更为重要的是要达到合理的平衡。许霆案重审改判为5年有期徒刑,显属矫枉过正,量刑过于偏轻,在寻求与实质正义平衡的同时,又过度压抑了形式正义③,这不能不说是该案重审判决的一大缺憾。

(二)法律效果与社会效果的有机统一

许霆案一波三折从无期徒刑到5年有期徒刑,本是司法对民意的善意回应,希望能够突破法律困惑,获取法律效果与社会效果俱佳的判决④,但从社会反响来看,效果

---

① 也有学者直陈我国刑事司法中还存在法官“机械适用法律”的问题。其指出,长期以来,由于法官素质普遍不高,司法决策采取行政审批的制度模式,法官在裁判中的个性受到压抑。当年孟德斯鸠所形容的“自动售货机”式的法官形象,就是今天中国法官的鲜明写照。无论是在法庭审理过程还是裁判结果中,法官们似乎不得不充当法律条文的“奴隶”。遇有法律没有明文规定的情形,法官们一般是不敢“越雷池半步”。不仅如此,目前的司法管理方式也明显限制了法官们的创造性。(参见陈瑞华:《许霆案的法治标本意义》,载《南方周末》2008年1月17日A4版)

② 楚望台:《许霆案改判,开启个案正义的暗门》,载《新快报》2008年4月1日。

③ 诚如有学者所言,许霆案的重审改判在一个更深远的领域导致了人们对司法本身的不信任,损害了法律的可预期性。这种可预期性的失去,即使最后的结果是正义的,也不过是一件度身定做的衬衫——这个世界上有些人因为有钱或者有其他东西,总是会按照自己的体型而度身定做一些东西,价格总是相当昂贵——没有了可预期性的法律,就是这种度身定做的正义,别人是消费不起的。因为这个代价实在是太高昂了。(参见五岳散人:《许霆的轻判,媒体与司法的双输》,载网易 http://news.163.com/08/0402/10/48H2MUKU00012GG5.html)当然,关于如何具体实现形式正义与实质正义的合理平衡,有学者提出的“刑法适应性之限度问题”,笔者认为其颇具启发意义,可供参考。该论者认为,“确立一种有限的适应性观念,可以防止司法者在追求刑法之适应性的过程中的两种偏颇倾向——或者仅依赖于刑法的形式要件解决问题,或者为了具体妥当性而忽视法律安定性的要求。前一种倾向将有碍于实质正义的实现,后一种倾向则可能对罪刑法定原则构成威胁。而在有限的适应性观念下,实质正义只能在刑法的形式要件得到基本满足的前提下来考虑,只有在有利于被告人的情况下,才可以为了实质正义而突破刑法的形式要求。所以,在刑法的制度实践中,被实现的正义必然是有限的正义,这是由刑法的谦抑性、补充性、最后手段性所决定的,也是刑法重视人权保障功能的特性使然。”[参见周少华:《变动社会中刑法之适应性问题研究》,北京师范大学刑事法律科学研究院博士学位论文(2008年4月),第251页]

④ 广州市中级人民法院有关负责人在就许霆为何由无期改判为5年进行解释时指出,法院充分考虑法律效果与社会效果的统一,根据本案具体的法律事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆予以从宽处罚。(参见马远琼:《许霆案重审:为何由无期改判为5年》,载《检察日报》2008年4月1日第4版)

似乎不佳,民众仍是褒贬不一。笔者在这里姑且不论许霆案重审判决的量刑在事实上是否很好地实现了法律效果与社会效果的有机统一,但就法院对此作出的积极努力而言,却是应给予高度肯定的。相比于一审判处无期徒刑的畸重量刑,重审改判为5年有期徒刑在很大程度上似乎更为符合民众心目中对正义的期盼。应该说,只有实现了法律效果与社会效果有机统一的判决才会获得民众内心的服从,经得起历史检验和社会评判。相对于变动不居和飞速发展的社会,法律本身的普遍性和稳定性势必会造成法律和法律适用的矛盾。因而在法律价值与社会发生冲突时,如果只追求判决的法律效果,机械司法,就会得出不符合社会发展的裁判结果。正如有学者所言:"法律的执行不仅仅是法律关系的论证,更重要的是法律关系的发现或者说诠释,'罪刑法定'固然是刑法的基本原则,但具体到审判实践中,法律效果接受社会效果的参照和修正也是必不可少的。"①需注意的是,虽然笔者认为判决的法律效果应当受到社会效果的修正或者检验,但并不是说要求"民意审判"或者"舆情决断"。尽管在许霆案中,"民意"与"舆情"对于许霆由无期徒刑改判为5年有期徒刑可谓功不可没,成为名副其实的幕后推手。那怎样理性地看待这种现象呢?

长期以来,我们似乎已经习惯了"以人民的名义"、"民众拥护和支持"或"舆论导向"来证明某一项政策的合法性。许多司法机关审理案件时往往被"民愤"——包括"官愤"乃至"舆论之愤"等所左右。所谓"民意不可违"和"媒体是无冕之王"即充分彰显了其中之意蕴。应当说,在现代法治社会,顺乎民意和舆论监督是再熟悉不过的字眼了。"民意"和"舆情"的适度、合理介入,对于一个社会的健康发展是十分必要的,也是民众表达意见与诉求以及实现社会正义的一种有效的助推力量。② 而且在通常情况下,"民意"与"舆情"来自外部,"有助于打破在审理案件的法院周围、束缚着法院的复杂的利益格局。面对强大的舆论压力,已经伸出的权力之手,可能不得不硬生生地缩回;在法院门口徘徊的金钱的价值也可能大幅贬值。在舆论压力下,缺乏司法职业伦理的法官不得不强打精神;具有正义抱负的法官,则可以相对大胆地秉持良心,作出正义而合理的判决。"③但需要强调的是,"民意"和"舆情"需要适当考虑,绝不能盲从。毕竟,"民意"特别是"舆情"不代表正义的化身,对法治正义的寻找,不一定要到人数最

---

① 张俊鹏:《许霆案改判是社会效果对法律效果的修正》,载大众网 http://dzrb.dzwww.com/dzzb/dzzb-dzgd/200804/t20080403_3370543.htm,2008年4月3日。

② 就许霆案而言,舆论与媒体虽然在这次事件中导致了一个比较合理的结果,但大众的关注度始终是有限的,不会有那么多类似的事件进入公众关注的领域。就如同曾经被收容遣送制度吞噬的那么多人之后,才有了一个孙志刚案,才能最终废除了那个制度一样,走到公众领域的事件之前或者之后,都还会有更多的牺牲者。因为导致他们倒霉的原因依然还在,而媒体与舆论的关注,从来都是一个小概率事件。尽管如此,只要还有类似的事件,舆论与媒体依然可以发挥自己的力量。长此以往,总是能通过形成的压力让社会有所进步与改变。(五岳散人:《许霆的轻判:媒体与司法的双输》,载《南方都市报》2008年4月2日)

③ 《南都社论:许霆案发回重审,舆论作用有多大?》,载《南方都市报》2008年1月18日第A2版。

多、声音最大的角落,网民的看法可能更多的是激情多于理性,民众的常识有时也可能不合乎法治原则,甚至某些专家的“高见”也可能言不及的。“民意”与“舆情”在一定情势下往往容易受到外界因素的影响,产生波动,出现不稳定的倾向,带有很强的情绪性和随意性,具有流动性的特点,特别是“由于民意在特定事件中‘移情表达’往往使得民意在表达时,为了宣泄的畅快与释放的满足而不自觉得脱离客观,忽视理性;尤其是在现代互联网条件下,普通民众都能获得较为自由的言论平台,民众在这一平台上进行交流时,往往更容易掺入情绪、交织愤懑,再加之有着盲从与偏信的推动,欠缺理性的言论与推断更易引起广场效应,导致矫枉过正,使民意的效能走向负面。”①而法律则是一个理性的、专业性很强的领域,法律的理性判断与社会公众的感性认识未必吻合。因此,法官在决定某一特定案件的定性与量刑(许霆案即是如此)时不能也不应被所谓的“民意”或“舆论之意”左右。其实,国家不仅仅需要聆听民众和舆论的声音,更负有引导“民意”与“舆情”循着理性方向发展之职责。事实也证明,“民意”与“舆情”是完全可以引导并能够向理性方向发展的。②

(三)罪刑均衡的理性建构

这里所要谈的罪刑均衡不是指刑法中的罪刑均衡原则,而是指按照这一原则来衡量与许霆案有关的几个涉及罪刑均衡的问题。一是前文已简略提及的官员贪污受贿犯罪(如贪污罪的主要手段之一表现为对公共财物的“窃取”)与盗窃罪之间的处罚协调问题,亦即涉及罪刑的横向均衡问题;二是十年前由司法解释确定的盗窃罪入罪的数额标准在今天是否还适应社会的发展,应否与时俱进?这主要涉及罪刑的纵向均衡问题。不管是罪刑的横向均衡还是罪刑的纵向均衡,均应当引起立法者的重视。恩格斯曾指出:“在现代国家中,法必须是不因内在矛盾而推翻自己内部和谐一致的表现。”③在刑法中,这种内部和谐一致的重要标志就是要做到罪刑均衡——不仅孤立地看每个具体犯罪与其相应的法定刑相适应,而且联系地看各个犯罪之间的刑罚协调统一。④ 对于许霆案而言,人们热议,可能不仅仅只是表达对许霆的同情,更多的恐怕是发泄对现实中所存在的罪刑失衡的不满和愤懑。⑤

在社会上,经常有人拿贪污受贿的腐败贪官的判刑与许霆案作对比,认为许霆窃取钱款的数额与许多贪官贪污受贿的数额比起来算不了什么,而贪官们和许霆判得都差不多甚至比其更轻,难免给人留下“刑不上大夫”的印象,莫非真的“窃钩者诛,窃国

① 莫晓宇:《民意的刑事政策分析——一种双向考量后的扬弃》,载《甘肃政法学院学报》2007 年第 3 期。

② 如以死刑问题为例,很多国家的历史经验表明,在废止死刑的过程中,大多数民众及“舆情”起初是不赞成废止的。但是实践也证明,在废止死刑后一段时间,大多数民众及“舆情”又不赞成恢复死刑。这说明“民意”和“舆情”是可以引导、进步的。

③ 《马克思恩格斯选集》(第 4 卷),人民出版社 1995 年版,第 484 页。

④ 参见陈兴良:《刑法哲学》(修订三版),中国政法大学出版社 2004 年版,第 555 页。

⑤ 参见黎宏:《许霆案背后当反思罪刑均衡》,载《检察日报》2008 年 2 月 14 日第 1 版。

者侯”?![1] 应该说,这确实是一个问题。从立法及司法解释的规定来看,盗窃罪的立案标准是500元,盗窃3万元至10万元以上即属“数额特别巨大”,应当判处10年以上有期徒刑或无期徒刑。而相对而言,贪污、贿赂罪的起刑点为5 000元,与盗窃罪立案标准刚好相差10倍,至于判处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,则必须要个人贪污、受贿数额达10万元以上,与盗窃罪也差距不小。正如有学者所指出:“表面上看来,刑法对于私有财产的保护力度似乎还要超过对于公共财产的保护。但是,这事实上导致了同样都是‘窃取’他人财物的行为,国家工作人员窃取国家财物成立犯罪的条件更高、而普通百姓成立犯罪的条件更低,实际上是体现了是否具有公职身份在入罪条件上的不对等,实际上体现了国家工作人员和社会底层人员之间在成立犯罪上的不公平,而这样的不公平,实质上违反了刑法面前人人平等原则。”[2]加之在司法实践中,贪污受贿成百上千万的腐败贪官被判有期徒刑,而盗窃十多万的普通盗窃犯被判无期徒刑的现象屡见不鲜(许霆案就是比较典型的例子),因而使得这两罪之间的罪刑失衡问题更加明显。那又如何进行补救呢? 笔者认为,可以采取以下两种办法:一是提升盗窃罪的起刑数额,抬高盗窃入罪的门槛,将其与贪污、受贿罪的立案数额标准拉平,以切实做到刑法对公私财产的平等保护,官民一视同仁,一准于法。二是从长远来看,应当废止盗窃罪和贪污受贿犯罪的死刑。毕竟,盗窃罪和贪污受贿犯罪均属于非暴力犯罪,废止其死刑乃大势所趋,是符合刑事立法潮流的。而且废止它们的死刑,有利于从根本上消解盗窃罪与贪污、受贿、抢夺等犯罪之间的罪刑失衡所带来的深沉张力。我国著名刑法学家高铭暄教授就盗窃罪死刑废止问题曾精辟地指出:第一,从古今中外的法律规定看,对盗窃罪一般都没有规定死刑。第二,盗窃罪判死刑与其他犯罪的处刑不平衡。如与抢夺罪相比,抢夺罪性质比盗窃罪严重,却没有死刑;与贪污罪相比,国家工作人员利用职务或者工作上的便利进行盗窃,不算盗窃算贪污,起刑点比盗窃罪高出好几倍,而最高刑却一样。定罪量刑很不平衡。可考虑,删去盗窃罪的死刑。第三,盗窃罪是秘密窃取他人财物,并不危及人的生命、健康。从这类犯罪的社会危害性看也没有必要判死刑。[3] 斯言诚哉! 当然,需要指出的是,虽然笔者主张盗窃罪和贪污受贿犯罪从长远来讲均应当废止其死刑,但应当分清轻重缓急。对于盗窃罪,因为其是侵犯个人法益的侵犯财产型的非暴力犯罪,废止其死刑,较易为公众所接受而不至于引起较大的负面社会影响。故而在立法上可以及时地废止其死刑规定;而对于贪污

---

① 有学者辛辣地指出,从纵向深远的历史进程来看,中国社会固有的宽官严民的宗法专制所传承的思想意识在今天依然时有回光返照,以至法律在实际执行过程中,司法操作总是存在着一定的弹性。而就刑法的量刑弹性而言,法律有时是一根能紧能松的橡皮筋,也有一些难以言说的事实现象在不经意地被佐证。(杨兴培:《“许霆案”的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008年第3期)

② 付立庆:《许霆案背后的几点反思》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

③ 参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社1998年版,第2141—2142页。

罪、受贿罪等贪利型职务犯罪，由于中国历来有“从严治吏”的传统，而在目前腐败现象还比较严重的情况下，短时间内即废止其死刑，会与国家基本的政治形势和刑事政策不相吻合。因而废止贪污罪、受贿罪的死刑规定应当保持相当的理性并采用科学合理的方法与步骤。可以考虑目前先在立法与司法上提高其适用死刑的条件，再逐步过渡到废止其死刑。

至于许霆案涉及的纵向罪刑均衡问题，很多人都提到了根据现时的经济条件和人民生活水平，根据各地的实际，修改相关司法解释中的盗窃罪数额标准。如广东省有政协委员在省政协会议上提案，建议将盗窃罪中“数额特别巨大”的“3 万元至 10 万元以上”的标准修改提高至20 万元以上，以符合广东地区的经济发展情况。① 在笔者看来，根据社会发展水平和经济条件对十余年前司法解释确定的盗窃罪数额标准进行重新确定，从罪刑均衡的角度考虑确是无可厚非的。只是“法律总是具有一定程度的粗糙和不足，因为它必须在基于过去的同时着眼未来，否则就不能预见未来可能发生的全部情况。现代社会变化之疾之大，刑法即使经常修改也赶不上它的速度。”②按照中国目前经济发展的水平和 GDP 增长的速度，恐怕最高人民法院需每两、三年确定一次量刑参照数额，方能保证司法解释确定的数额标准更新的及时性和合理性。因而从根本上而言，更需要反思的是对盗窃罪确立合理的入罪标准，尽管犯罪数额是衡量犯罪客观危害的重要判断标准，但绝不可以“唯数额论”③，同时必须兼顾考虑其他情节方面的因素。

最后，立足于罪刑均衡理性建构的视角，笔者还认为，从长远来看，立法上不宜对盗窃金融机构与普通盗窃作区别保护。理由是：

其一，如果行为人盗窃金融机构，达到数额较大或数额巨大的标准，由于《刑法》第 264 条并未作特别的规定，因此在这种情况下的盗窃金融机构是按普通盗窃来处理的，即判处的刑罚分别是“三年以下有期徒刑、拘役或管制”和“三年以上十年以下有期徒刑”。但如果行为人盗窃金融机构且达到数额特别巨大的标准，那就应当适用《刑法》第 264 条第 2 款关于“盗窃金融机构，数额特别巨大的”规定，其判处的刑罚一下子就跃到了“无期徒刑或者死刑”，同样是盗窃金融机构，仅因是“数额巨大”还是“数额特

---

① 参见《广东律协副会长建议提高量刑标准》，载《信息时报》2008 年 1 月 18 日。

② 〔意〕恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 125 页。

③ 有学者指出，许霆案在处理时僵化固守司法解释的数字指南，甘充“拜数字教”的司法信徒，导演了一场“算数司法”。许霆案提醒我们，在我们现在的司法运行中，有一种算数化思维在作怪。这种司法思维，只管片面地对涉案钱物进行计数，却不问案情的总体情势及其轻重缓急如何。当然，这份责任也许不全是法院的，我们的立法者也有份，在我们现有的立法（特别是刑事法）里面，这样的机械算数规定，并不乏见，甚或可以说比比皆是。但是，即使如此，对于这样的立法缺陷，高素质的法官也应该懂得如何去运用司法方法加以修正和弥补。（参见龙卫球：《告别算数司法，请从许霆案开始！》，载《法学院》2008 年 5 月 8 日第 28 版）

别巨大”之分,就会有生死之别,没有任何缓冲的空间,无疑是严重的罪刑结构性失衡,这应该说是我国《刑法》第264条关于盗窃罪立法的一个比较明显的缺憾。倘若行为人盗窃金融机构,数额刚好达到3万元的临界标准,那到底是判处其3年以上10年以下有期徒刑呢,还是判处无期徒刑或者死刑?不得而知。而这两者之间的悬殊又是如此之大,存在天壤之别,稍有不慎,就会造成非常严重的后果。而倘若立法上不对盗窃金融机构与普通盗窃作区别保护,盗窃金融机构数额特别巨大的,按一般的盗窃罪之相应情形处理,就不会出现这样严重的罪刑失衡问题。果真如此,考虑到许霆案的特殊情况,一审法院判决也就不会判处许霆无期徒刑了。

其二,从宪法和物权法关于“公私财产平等保护”的立场出发,刑法也不宜对“金融机构”给予“特殊关照”而“厚此薄彼”。在2004年3月第十届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》中,明确将“公民的合法的私有财产不受侵犯”的内容写入了宪法。2007年3月16日第十届全国人大第五次会议上高票通过的《物权法》亦鲜明体现了“公私财产平等保护”的核心价值理念。该法第3条第3款规定:“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”第4条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”毋庸置疑,作为涉及公民生杀予夺大权的宪法实施法,刑法应当体现宪法关于“公私财产平等保护”的立法精神,并且应当考虑同关系民生的物权法之相关规定保持协调一致。当然,这也是维护国家法制统一和保持法律体系内部协调统一的必然要求。“我们必须把银行等金融机构从等同于国家财产守卫者的神圣位置上请下来,回归到商业机构这一合理、合法的位置上来。如此才能与其他社会个体处于平等的地位,从而实现法律面前人人(包括法人等拟制人)平等的法治原则。在刑法中,盗窃金融机构的应当处以重刑的规定也应当随着我国法治进程的加速,及时作出修改,以便让不同所有者的财产在法律上真正享受同等被保护的‘荣誉和尊严’。”①其实,“从保护法益和剥夺法益的对等性角度考虑,也从严格限制死刑乃至最终废除死刑的论断出发,削除《刑法》第264条中关于两类特殊情况下加重处罚乃至最高可以判处死刑的规定应该是一个符合潮流的选择。”②

其三,在现实生活中,像银行等金融机构大都建立了相当严密的技术防范机制和安全报警监控系统。如《商业银行法》第12条明确要求“有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施”作为银行设立的条件之一。其实,早在20世纪90年代初期公安部就出台了《银行营业场所风险等级和防护级别的规定》(GA 38-92)的行业标准,对银行营业场所风险和防护级别等作了详细规定。因而盗窃金融机构一般很难得逞,除非是抢劫金融机构。故刑法上对其予以特殊保护,实无必要。

---

① 杨兴培:《“许霆案”的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008年第3期。

② 付立庆:《许霆案背后的几点反思》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

六、结语

许霆案随着最高人民法院于2008年8月20日作出核准的刑事裁定而落下帷幕。行将离开公众视线的许霆案,尽管已尘埃落定,但留给我们的思考却是沉重而久远的。应当说,许霆案所涉及的法律问题非常广泛,本文只是择其要者就与该案本身密切相关的几个主要法律问题进行了思考和探讨。与之相关的其他法律问题①,我们留待以后作进一步的研究。

应当说,一年多来几乎一直处在公众视线与舆论漩涡焦点之中的许霆案,确有许多值得我们细细回味的地方。情理与法律的碰撞、权力与民情的互动、时代与人心的纠结得以在许霆案这一个案中鲜活展现。诚然,对于许霆案这一个案,断言媒体与司法的双输②,未必见得很有道理。但期冀司法实践中达致媒体与司法的双赢,却确应是我们法治的追求,也是公众内心的期盼。因为正是在这种司法实践中,我们的法治观念才得以不断地变革和进步,进而在更深远意义上推动中国法治的发展和完善。当然,现代法治文明理念的确立以及法治的进步和发展,并非可以一蹴而就,而是需要我们不断地去关注、去维护、去历练乃至去引导,从而内生于一个国度、一个社会。因此,在这种意义上,我们祈望许霆案能成为我国当代民主法治进程中的一块法治的试金石。因为"依托于许霆个案的这场法理讨论和情怀涌动,就是一场有益的法治文明和公民社会的发育、训练与养成。更进一步说,只有这些价值和文明得以确立,才有可能从根本上珍视人性,敬畏法律,公正裁决一个公民的罪与罚、生与死、自由与放逐。"③

---

① 如该案涉及的上级法院法官意见对下级法院判案的潜在影响、司法独立与舆论监督的关系、判决书的说理是否充分、严格遵守法律与自由裁量权的行使及其界限、量刑程序的公开性与透明性、被告人家属相关行为的责任问题等,均值得研讨。

② 有学者指出,舆论看上去是干涉了司法的独立性,取得了一个能够交代得过去的结果,其实却是一种双输的格局。舆论与媒体输在——改变了结果,但没有改变导致原来那个能够判许霆无期徒刑的原因;司法输在了没有坚持使用现有的、已经生效的法律,而任意改变了法律,"特案特办"正好为司法不独立做了一个注解。(参见五岳散人:《许霆的轻判:媒体与司法的双输》,载《南方都市报》2008年4月2日)

③ 刘敏:《许霆案的时代意义》,载《长江商报》2008年4月1日。

许霆案的法理分析

陈兴良*

许霆案在原一审判决以后，引起媒体的广泛关注，对以盗窃金融机构判处无期徒刑的判决结果，质疑之声鹊起。笔者以为，许霆案的原一审判决结果之所以受到质疑，主要原因还是在于量刑过重。假如许霆盗窃金融机构的数额不是17万余元而是71万余元，对其判处无期徒刑的结果被公众的认同程度就会高得多。除因量刑过重而产生对该案定罪的质疑，当然也因为许霆利用自动取款机的故障而恶意取款这一行为本身具有某种特殊性。因此，排除公众对许霆案判决结果的质疑，首先应当对利用自动取款机的故障而恶意取款的行为进行法理上的分析，其次才是考虑在量刑上如何依法采取补救措施。

对于许霆利用自动取款机的故障而恶意取款的行为，主要存在无罪与有罪两种观点，需要分别加以法理分析。

无罪的观点有以下三种说法：一是银行过错说，即以银行的过错否定许霆行为的有罪性。在本案中，银行确实存在过错。这种过错是未能及时发现并排除自动取款机的故障，因而使自动取款机的款项处于一种疏于管理的状态。但银行过错只是许霆犯罪的诱因，它为许霆盗窃易于得手提供了某种条件，但并不能由此否认许霆行为的犯罪性。因为自动取款机发生故障，但款项仍然在取款机里，不能认为银行丧失了对款项的占有。正如同我出门忘记关门，使小偷利用大门洞开之机而窃取财物的行为同样构成盗窃一样，我的疏忽不能成为小偷无罪的理由。二是银行溢付说，认为许霆提出银行卡的款项是银行溢付的结果，并非许霆盗窃之所得。溢付是交付方基于疏忽的一种额外给付，这种给付也是收受方所未曾预料到的。因此，收受方在完全被动的情况下予以收取。在许霆取款过程中，第一次下达100元取款指令，获款1 000元，额外的900元可以说是一种溢付，即不当得利。但在此后许霆又一而再、再而三地170次恶意取款，由此而非法占有的17万余元款项则不是溢付，而是许霆在非法占有目的支配下盗窃之所得。三是无效交易说，认为许霆以本人的借记卡在自动取款机上正常取款，只不过自动取款机出现故障给付了额外的款项，这种交易是无效的，但不能由此否认

---

* 北京大学法学院教授。

取款行为本身是一种正常的交易行为。这里涉及对行为之正常与异常的理解。笔者认为在刑法中,正常与异常的区分是相对的,尤其要看行为是受何种主观意图所支配。例如医生甲经诊断发现病人乙有感冒症状,遂给乙开感冒药,这一开药行为是正常的治疗行为。但如果医生甲知道病人乙患心脏病,吃了这种感冒药就会诱发心脏病而死亡,基于希望乙死亡的故意仍然开出感冒药,结果吃药后致使乙死亡。从抽象来看,这一开药行为是对感冒的正常治疗行为,但在明知病人患心脏病吃了感冒药就会诱发心脏病而死亡的情况下仍然开药,这一开药行为就是一种杀人行为。在本案中也是如此,尽管许霆是以自己的银行卡取款似乎是正常的交易行为,但许霆明知自动取款机发生故障而利用这一故障进行恶意取款,这已经不是一种交易行为而是一种犯罪行为。

有罪的观点对应定何罪存在争议,除赞同原一审判决定盗窃罪的观点以外,还有主张定侵占罪和信用卡诈骗罪等观点。之所以存在不认同原一审判决认定为盗窃罪的观点,主要是对许霆的恶意取款行为是否符合盗窃罪的秘密窃取的特征存在不同看法,认为许霆使用本人的实名银行卡到有监控系统的自动存款机上取款,输入的是自己的密码,因此取款行为是公开的,不符合盗窃罪所要求的秘密特征。关于盗窃罪的秘密特征,传统刑法理论对盗窃罪的构成都要求这一特征,但也出现了否认盗窃罪必须以秘密为条件的观点。例如日本学者提出:窃取,本来是指秘密取得之意,但即便公然实施也可构成本罪。① 我国学者也有赞同这一观点的,认为只要是以平和而非暴力的手段,违反占有人的意思而取得财物,就是盗窃罪中的窃取,而不以实施隐秘方法为条件。② 这种观点有一定道理,但笔者认为窃取的“窃”本来就有秘密的意思,秘密取得也是区别于抢劫、抢夺、诈骗等其他财产犯罪的主要特征。因此,笔者认为可以对“秘密”一词赋予特定的含义即可解决这个问题,而无须取消盗窃罪的“秘密”这一特征。例如,盗窃罪的秘密具有主观性,是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓,因此即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时,盗窃罪的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。根据这一解释,即使许霆使用本人实名的银行卡取款,事后银行能够追查到许霆,只要许霆在取款当时银行不知晓,就应当认为是秘密窃取。总之,许霆的行为是利用自动取款机的故障在银行当时不知晓的情况下恶意取款,其行为完全符合盗窃罪的特征。

在许霆案的审理中,还存在许霆是否属于盗窃金融机构的问题。对此,亦有相当一部分人认为,自动取款机不是金融机构本身。其中理由之一,就是金融机构的设立需要金融主管部门批准,而自动取款机的设置则可以由金融机构自身决定。自动取款

---

① 参见〔日〕西田典之:《日本刑法各论》第3版,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第116页。

② 参见周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第108—109页。

机当然不是金融机构,但《刑法》第264条规定的"盗窃金融机构"是"盗窃金融机构的财物"的缩略语,因为金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象的。对此,1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条明确规定:《刑法》第264条规定的"盗窃金融机构",是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。因此,只要承认自动取款机中的款项是金融机构的经营资金,就难以否认许霆的行为属于盗窃金融机构。

许霆行为构成盗窃罪,从我国目前的刑法理论来分析,应该是正确的判断。关键问题是对许霆的量刑过重,难以为公众所接受,尤其是在贪污受贿数十万元甚至上百万元,也只不过判处十几年。两相对比,对许霆量刑过重的意见是完全可以理解的。更何况许霆是利用自动取款机的故障盗窃,犯罪行为的发生与银行过错存在一定的关联。当然,这个问题的出现本身较为复杂,既有规则制定上的原因,也有规则适用上的原因。从规则制定上来说,刑法对金融机构财产的特殊保护的正当性何在?司法解释将3万元至10万元以上规定为"数额特别巨大"的合理性何在?这些都是可以从应然的层面上讨论的。从规则适用上来说,由于许霆盗窃金融机构数额已经达到司法解释规定的"数额特别巨大"的上限标准,对其判处法定最低刑——无期徒刑,似乎是依法判决的结果。但《刑法》第63条第2款规定:"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。"这就是我国刑法中的特殊减轻制度。这里的特殊情况,虽然立法的初衷是指案件的特殊性如涉及政治、外交等情况①,但在司法实践中已有适用于一般的判处法定最低刑仍然偏重的案件,报请最高人民法院核准得以适用特殊减轻的先例。② 因此,对于许霆案应当考虑适用特殊减轻。但原一审判决为什么不启动这一特殊减轻的程序?这里确实存在机械司法之嫌。特殊减轻的规定具有某种对过于僵硬的刑法进行补救的机能,笔者倾向于对判处法定最低刑仍然明显过重的案件适用特殊减轻,而不是特殊减轻规定只适用于涉及政治、外交等情况的案件。就许霆案而言,适用特殊减轻的理由有三:一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由,却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物,这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比,客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑,从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说,由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低,由此可以减轻许霆的责任。

---

① 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》第3版,法律出版社2006年版,第61页。

② 参见:《程乃伟绑架案——特殊情况下减轻处罚的适用》,载最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》第4卷·上,法律出版社2004年版,第119页。

许霆案的定罪与量刑

张明楷*

从立法论上来说,量刑畸重缘于过重的法定刑。但是,一方面,不能因为判处无期徒刑过重,就否认许霆的行为属于盗窃金融机构。另一方面,既然判处无期徒刑过重,就必须合理运用刑法的相关规定,对许霆判处低于无期徒刑的刑罚。对此,有两个可供选择的途径:(1)适用《刑法》第63条第2款减轻处罚。在适用该款时,应依法定程序先作出减轻处罚的判决,然后逐级上报至最高人民法院核准。(2)认定许霆的行为属于盗窃金融机构,但不认为其盗窃数额特别巨大。

关于许霆案的定罪量刑,在刑法上原本并不复杂,但各种各样的原因导致本案被炒得沸沸扬扬。本文不分析这些原因,仅从刑法角度说明:许霆的行为属于盗窃金融机构,但可以判处低于无期徒刑的刑罚。

盗窃,是指以非法占有为目的,违反被害人的意志,将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有的行为。

许霆具有非法占有目的。就盗窃罪而言,非法占有目的这一主观要素的机能,在于使盗窃罪与故意毁坏财物罪以及不值得科处刑罚的盗用行为相区别,故非法占有目的,是指利用财物和排除他人权利的意思。许霆明知自己的借记卡所记载的现金只有170余元,在发现了ATM机的故障后取走17万余元的行为,明显具有利用意思与排除意思,即具有非法占有目的。许霆所提出的“本意是想把钱取出来,保护好还给银行”的辩解,不可能得到认同。

许霆的行为完全符合盗窃罪的客观要件。(1)许霆的行为是违反银行管理者意志的行为。根据基本的金融规则,银行管理者仅同意存款人取出与其存款额相应的现金,不会同意取款额超出存款额的情形。这一点也为存款人所知。许霆的行为不可能得到银行管理者的同意,相反必然违反银行管理者的意志。许霆的行为并不是使银行管理者产生处分财产的认识错误的欺骗行为,故不可能成立诈骗罪,当然也不可能成立作为诈骗罪特殊类型的金融诈骗罪。诈骗罪与金融诈骗罪的构造是:行为人实施欺骗行为——对方产生处分财产的认识错误——对方基于认识错误处分财产——行为

---

* 清华大学法学院教授。

人或第三者取得财物——被害人遭受财产损失。但是,机器是不能被骗的,即机器不可能成为诈骗罪与金融诈骗罪中的受骗者。所以,认定许霆的行为构成诈骗罪与金融诈骗罪,反而有违反罪刑法定原则之嫌(许霆的行为也不属于恶意透支)。(2)盗窃的对象,只能是他人事实上占有的财物,行为人不可能盗窃自己事实上占有的财物。但是,只要行为人事实上没有占有某财物,即使其法律上占有了该财物,该财物也能成为行为人盗窃的对象。ATM 机内的现金由银行占有。一方面,存款人将现金存入了银行后,该现金就由银行事实上占有,而不是继续由存款人占有;超出存款人存款额的现金,更是由银行占有。另一方面,银行占有 ATM 机内的现金这一事实,并不因 ATM 机出现故障或者 ATM 机本身受毁损而改变。所以,许霆盗窃的对象是他人占有的财物。与盗窃罪相反,侵占罪的对象只能是行为人自己占有(代为保管)的他人财物或者不是基于他人本意脱离了他人占有的财物(遗忘物与埋藏物)。ATM 机的故障,并没有使其中的现金成为许霆占有的财物或遗忘物、埋藏物,故许霆的行为不成立侵占罪。(3)盗窃行为的特征是转移财物的占有,其方式没有特别限定;就转移占有的取得型财产罪而言,只要不是符合其他财产罪特征的行为,就可能被评价为盗窃行为。许霆利用自己的借记卡和 ATM 机故障取出 17 万余元的行为,属于将银行占有的现金转移给自己占有的盗窃行为。即使认为盗窃必须"秘密窃取",也只是意味着行为人采取自认为被害人当时不会发现的方法窃取,而不影响许霆的行为成立盗窃罪。不少人认为许霆的行为不是盗窃行为,而是正当取款行为。这显然不是在盗窃罪构成要件的指导下归纳案件事实,因而不当。当甲将乙的笼中一鸟(价值数额较大)放走时,我们不能离开刑法规定,作出"甲的行为是使小鸟回归美丽的大自然,因而无罪"的结论,而应以刑法规定的故意毁坏财物罪的构成要件为指导,认定甲的行为毁坏了乙的财物(使乙丧失了财物的价值)。同样,当我们以盗窃罪的构成要件为指导归纳许霆案时,就会得出许霆的行为具备盗窃罪成立条件的结论。

《刑法》第 264 条所规定的"盗窃金融机构",显然是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户资金等。一方面,盗窃金融机构的汽车、电脑等财物的,不属于盗窃金融机构。另一方面,金融机构经营资金的存放地点、存放状态,不影响对金融机构经营资金的认定。ATM 机内的现金,明显属于金融机构的经营资金。不少人认为,机构是指"机关、团体等单位",ATM 机本身不属于金融机构,故许霆没有盗窃金融机构。但这种说法难以成立。盗窃金融机构,只是法条的省略表述。共同盗窃的犯罪人在共谋时会说"我们今晚偷赵某家",赵某被盗后会向公安机关报案说"我家被盗了"。然而,行为人并没有盗走赵"家",而是盗窃了赵家的财物。同样,许霆并没有盗窃 ATM 机,而是盗窃了 ATM 机中的现金,ATM 机中的现金是银行的经营资金,银行属于金融机构,故许霆盗窃了金融机构的经营资金。

在许霆的行为完全符合"盗窃金融机构"构成要件的情况下,不能以该行为属于不

当得利、民事侵权或者刑法应当谦抑为由，宣告该行为无罪。一方面，不当得利、民事侵权与犯罪行为并不是相互排斥关系。事实上，不当得利、民事侵权中原本就有一部分构成犯罪。杀人、伤害在民法上都属于侵权行为，但不影响其构成犯罪。况且，只能说许霆的第一次（充其量包括第二次）取款是不构成盗窃的不当得利，不能认为此后的取款都是不当得利。另一方面，谦抑性原则虽然对刑事立法与刑事司法起指导作用，但并不意味着对于任何构成犯罪的具体个案，首先考虑是否可以采取民事处理方法。由于刑法规制的是犯罪行为，所以，只要行为符合刑法规定的犯罪构成要件，就应以犯罪论处。倘若将谦抑性当作处理个案的具体方法，那么，对于任何案件都必须先采取民事诉讼程序，只有当民事判决不能得到被害人或者国民的认可时，才采取刑事诉讼程序；刑法上的一切犯罪都成为告诉才处理的自诉罪，公诉罪被废除。这是难以想象的。

《刑法》第264条规定，“盗窃金融机构，数额特别巨大的”，“处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。根据司法解释，“个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的，为‘数额特别巨大’”。于是，一审法院判处许霆无期徒刑。网民的议论可以表明，对许霆判处无期徒刑属于量刑畸重，事实上也可以为许霆找出应当轻判的理由。从立法论上来说，量刑畸重缘于过重的法定刑。但是，一方面，不能因为判处无期徒刑过重，就否认许霆的行为属于盗窃金融机构；另一方面，既然判处无期徒刑过重，就必须合理运用刑法的相关规定，对许霆判处低于无期徒刑的刑罚。对此，有两个可供选择的途径：(1) 适用《刑法》第63条第2款减轻处罚。在适用该款时，并不是先请示最高人民法院，后作出减轻处罚的判决；而应先作出减轻处罚的判决，然后逐级上报至最高人民法院核准。(2) 认定许霆的行为属于盗窃金融机构，但不认为其盗窃数额特别巨大。采取这一途径时法官必须作如下说明：司法解释所规定的数额特别巨大的标准，是就一般盗窃而言。至于在盗窃金融机构的案件中，应当适用“无期徒刑或者死刑”这一法定刑的“数额特别巨大”标准是多少，司法解释并无明确规定。考虑本案的特殊情况，判处许霆无期徒刑过重，故可以认为许霆盗窃金融机构的数额，并没有达到应当判处无期徒刑或者死刑的“特别巨大”标准，因而只能适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑。采取这一途径，需要法官的胆量，但不需要最高人民法院核准（当然，如果采取这一途径同时适用《刑法》第63条第2款，则需要报经最高人民法院核准）。

许霆案的法理分析

林亚刚*

2008年3月31日广州市中级人民法院对许霆案作出的重审后一审判决①,认定许霆构成盗窃罪,并属盗窃金融机构、数额特别巨大,依法应处无期徒刑或者死刑、并处没收财产;鉴于许霆是在发现银行自动取款机出现异常后产生的犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同,并且从案发具有一定偶然性来看,许霆犯罪的主观恶性不是很大,根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。并依据《刑法》第264条第1项和第63条第2款、第64条以及最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第3条、第8条的规定,判处许霆有期徒5年,并处2万元罚金,追缴违法所得。广州市中级人民法院的这一重审判决得到了广东省高级人民法院的维持和最高人民法院的核准。2008年8月20日,最高人民法院作出复核裁定,核准了许霆案的终审判决。

从"应处无期徒刑或者死刑、并处没收财产"到"判处5年有期徒刑、并处2万元罚金、追缴违法所得",发生这样一个巨大变化的法律依据,仅仅依据的是《刑法》第63条第2款的规定,使人感到判决的这一依据在说理上有些单薄。据报道,在广州"许霆案"审理期间,各地又陆续报道了相似的案件,如浙江省宁波市"唐氏兄弟案"、云南省"何鹏案"、陕西西安"耿赵武案"②、四川省"陈某案"③。认真看看所报道的案情,不仅案与案事实不同,也与"许霆案"有很大的差别。然而,据报道,许霆案的轻判效果引发了相似案件的当事人都要求重审的现象。④ 虽然案与案不同,但引起如此效果的原因

---

* 武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师。

① 广东省高级人民法院2008年5月22日对许霆案终审判决,决定驳回上诉,维持原判。但由于系特别减轻,还要依法报请最高人民法院核准后才能生效。

② 参见新浪网:《各地"许霆案"》,http://blog.sina.com.cn/s/blog_4fe05874010097m6.html.

③ 参见腾讯网:《四川版"许霆"取走他人1万7 获刑半年罚2万》,http://news.qq.com/a/20080430/003106.htm.

④ 参见搜狐网:《各地"许霆案"频频曝光 当事人几乎都要求重审》,http://news.sohu.com/20080417/n256351707.shtml.

恐怕就在于当事人都是利用了 ATM 机。不过,明显的陕西西安"耿赵武案"、四川省"陈某案"是利用了他人遗忘在 ATM 机上的银行卡作案,是信用卡诈骗罪,与"许霆案"在案情事实上没有相似之处。

一、"ATM"机的性质

就目前而言,我国中资商业银行的自助银行设施有三种形式:具有独立营业场所、提供金融业务的行外自助银行;不具有独立营业场所、仅提供取款、转账、查询服务的自动取款机(ATM)和金融机构内的自助银行。而 ATM 机则包括"附行式"与"离行式"两种类型,但无论哪种形式的 ATM 机,都是金融机构"为减少经营成本和为客户提供便捷服务"而设置的,与自动售货机具有类似的功能,是一种新的服务形式和新的经营模式,其相应的制度规范或法律体系还没有建构好。早先颁行的《中华人民共和国人民银行法》(1995 年)没有涉及它,即使 2003 年修订后的《中华人民共和国商业银行法》(以下简称《商业银行法》)中,也没有明确它的法律性质。但是,笔者认为这里仅仅是没有在《商业银行法》中没有出现 ATM 之语,并不意味着无从界定 ATM 机的法律性质。

《商业银行法》关于设立商业银行应当具备下列条件中,第 12 条第 1 款第 5 项规定,要"有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。"这里"与业务有关的其他设施",就设置 ATM 机的金融机构而言,不能说不包括在其中。即使经营规模小的商业银行在成立之初没有设置 ATM 机,也不意味着在经营规模扩大后可以随意设置,而是必须经过银监会的行政上的审批。因此,应该说 ATM 机隶属于设置它的金融机构的一部分。王作富教授指出,"银行将 ATM 机设立在公共场所的一定空间,就成为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样。"①至于在本案中是否应该将 ATM 机理解为"金融机构",是解释上的问题,而非事实上的问题。

在主张许霆无罪的观点中,甚至有人认为 ATM 机,"在法律地位上,和银行的办公桌、电脑一样,不能称之为金融机构。"②这种简单的类比在法律上是不严谨的,如果出自法律人之口,那只能说是极不负责任的。

二、案件性质之分析

关于许霆的行为是否构成犯罪,主要存在有罪说和无罪说两种观点。

无罪的观点中有不当得利说、无效交易说、银行过错说、没有实施合法行为的可能

① 王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008 年 4 月 2 日第 6 版。

② 崇安:《ATM 机是不是金融机构,恶意取款是不是盗窃?——ATM 机引发的法律理念的冲撞》,载 http://tangjhd.fyfz.cn/blog/tangjhd/index.aspx? blogid = 296522.

性说、行为难以模仿说、刑法谦抑说、刑罚目的说、罪刑法定说等种种主张。

不能说主张无罪的认识中没有真知灼见的见解,但对将过错的责任主要推诿在银行方面的说法①,想简单阐述自己的认识。无罪观点中有代表性的见解认为:出错的ATM机是在诱惑他人犯罪,普通人难以抗拒,而不具有期待可能性。② 众所周知,在现实社会中存在着诸多可以引发犯罪的因素,但是至少并不是每个人面对种种诱惑因素时都会选择去实施违法犯罪。ATM机出错并不能成为许霆推卸非法占有银行财产责任的原因,在许霆发现ATM机不能正确扣款,与其一而再,再而三的取款行为之间也并不是刑法意义上的因果关系。如果将这种诱惑因素作为许霆实施行为并能够推卸责任的原因,按照这样的思路和逻辑,任何一个违法犯罪的人,都可以用他人是引发自己违法犯罪的原因作为自己的理由来推卸应当承担的责任。

盗窃者可以说是他的钱没有保管好,引起我犯罪;强奸者会说妇女穿得太暴露了、长得太漂亮了,诱惑我犯罪;贪污者可以说给我的权利太大了,引发我犯罪……按照这样的逻辑,是否可以认为,被盗者应该承担“钱没有保管好的责任”而盗窃者可以不负责任?妇女应该承担“长得太漂亮、穿得太暴露的责任”而强奸者不承担责任?上级机关应该承担给贪污者“权力太大的责任”而贪污者可以不负责任?事实上根本不存在没有刺激因素存在的违法犯罪,以存在这样或者那样刺激因素作为推卸责任的借口于理于法都难以成立。

值得肯定的是,无罪见解中提到了“期待可能性”问题,许霆是一个普通的公民,面对这样的诱惑,的确存在着缺乏期待可能性的问题,但是,就我国目前的理论及实践来看,缺乏期待可能性也只可能成为法规外减轻责任的事由而不能成为免责的事由。

在认为许霆的行为构成犯罪的基础上,又有着构成侵占罪、信用卡诈骗罪、诈骗罪、盗窃罪等不同的观点。笔者持有罪的观点,并赞同“第一次不当得利,此后性质改变”之说。③

许霆是在取款时无意中发现ATM机出错的。他持有不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元,结果无意多按了一个“0”,输入1 000元而ATM机也出钞1 000元,银行卡账户里却只被扣除存款1元。于是,他便利用ATM机的这一系统错误,连续取款共170笔④,合计173 826元。事实上,第一次取款,虽然输入金额有误但还可以说是正常操作,但是当他发现ATM机出现错误后,许霆对自己账户中余额

① 参见天下财经网:《广州许霆ATM案件案件性质与适用法律研讨》,载http://www.21our.com/ArticleFiles/275/762275.html.

② 参见罗翔:《法官其实有权灵活纠偏》,载http://news.qq.com/a/20080110/003441.htm.

③ 参见新华网:《171次恶意取款该不该究刑责:性质从第2次取款改变》,载http://news.xinhuanet.com/legal/2007-12/19/content_7277972.htm.

④ 不包括第一次指令取款。

只剩175.97元是非常清楚的,也意识到ATM机出现异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账。他是在明知ATM机内的财物是银行的财产后连续取款的,是一种积极主动地侵犯银行财产的行为,其主观上具有非法占有银行财产的故意是显而易见的。

问题就在于其第一次取款后连续实施的行为应该如何认定。有人认为:

> 在本案中许霆具有合法的取款人身份,他的每一次取款都是正常操作,与一般储户的取款行为并无两样,其行为本身都不违反法律规定,至于出现不当得利的结果的主要原因是ATM机存在技术故障,但该故障并非是许霆的行为造成的。许霆的第1次取款与其后的取款,在行为上都是一样的,行为本身不违反法律规定……在客观方面,许霆的取款行为与一般储户一样都不违反法律规定,只是在主观方面存在过错,如果就此来认为许霆的取款行为是违法行为,显然是"主观归罪"…… 从整个案情看,许霆存在前后两个行为,先是通过合法的取款行为获取不当得利,后是非法予以占有,符合侵占罪的行为特点。因此,许霆在合法持有不当得利后,没有尽到善良保管义务和及时返还给银行,而是予以非法占为己有,进行挥霍并逃匿,数额巨大,拒不退还,其行为构成侵占罪。①

许霆虽然在案发后有符合侵占罪要求的"拒不退还的"的条件,但其他要件并不符合《刑法》第270条侵占罪的要求。根据《刑法》第270条的规定,普通侵占罪的对象是"代为保管的他人财物"或者"他人的遗忘物或者埋藏物"。出现错误的ATM机所属银行并没有委托任何人,包括许霆在内对ATM机出错多"吐"的现金代为保管;多"吐"的现金既不是银行的"遗忘物",也不属于银行的"埋藏物"。但无论侵占的是哪一种对象,构成侵占罪的前提条件在于"持有他人之物"之行为方法是合法的。许霆在明知自己账户只剩有175.97元的情况下,其170次的取款每次都是1 000元,甚至数次2 000元,直至账户内只剩余1.97元才罢手。且不论及有何人授权让许霆"代为保管"符合了"侵占罪的行为特点"②,就这种恶意的取款行为还有何"合法性"可言?如何能够认为"与一般储户的取款行为并无两样"?如何能够认为"其行为本身都不违反法律规定"?如何能够认为法律是要判一个善意的取款人有罪?③

此外,有一事实更可以证实许霆的取款是否合法、正常、善意。许霆取款前后是分

---

① 李飞:《许霆案之法律症结与肯要》,载 http://blog.163.com/zhangzhan52@126/blog/static/42392204200821153820386/.

② 可能会有"无因管理"委托之说。然而,无因管理之委托只产生于"遗失物",而不能因为行为人的行为导致他人发生财物的"遗失"。本案中ATM机多"吐"之现钞,是许霆的"指令"行为,根本与无因管理无涉。

③ 参见天下财经网:《广州许霆ATM案件案件性质与适用法律研讨》,载 http://www.21our.com/ArticleFiles/275/762275.html.

为三个时间段的,在第一时间段内即被一同作案①的另一被告人郭安山发现持有大量现金,要求共同发财,是许霆带郭安山一起到出错的 ATM 机上取款的。② 这能是合法、正常、善意的取款吗?

所谓的“正常操作”应该是根据自己银行卡中能够支取的数额进行操作才属“正常”,超出支取范围的任何操作,即使形式上符合正常操作程序也属于非法操作。银行同意的取款,只能够是遵照银行卡的使用条款进行的取款,能够设想银行会同意一个账户中只有区区百元的债权人 170 次取款多达 17 万余元吗?如果把为不具有意志的机器设置的程序,无论程序是否发生错误,法律上也能够视为是银行同意取款,则是非常荒谬的。

笔者认为许霆的取款行为,无论从形式上还是实质上均无合法性可言,更谈不到“持有银行的款项”是通过合法手段取得的。所以,许霆非法占有银行资金的行为不构成《刑法》第 270 条规定的侵占罪。

在信用卡诈骗罪中,诈骗行为只能针对金融机构实施自不待言,因而,持卡人既可能“欺骗”的是作为服务器的机器,也可能是欺骗金融机构中的工作人员的。在本案中,许霆的确是利用 ATM 机程序出现的错误,表象上看指令“正确”但实际上“欺骗”了 ATM 机,那么,许霆的行为是否符合信用卡诈骗罪的要件?《刑法修正案(五)》规定的信用卡诈骗罪的客观行为共规定了四种,包括:“(一) 使用伪造的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的;(二) 使用作废的信用卡的;(三) 冒用他人信用卡的;(四) 恶意透支的”。在本案中,许霆是使用其本人的银行卡,既不是“伪造的信用卡”,也不是“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡”,更不符合“冒用他人信用卡”。那么,是否与“恶意透支”相符?众所周知,银行卡包括信用卡(贷记卡和准贷记卡)、借记卡(转账卡、专用卡、储值卡)。信用卡是有一定额度透支提现功能的,而借记卡虽然也具有消费支付、转账结算、存取现金等功能或者部分功能,但不具有透支提现功能。③而在本案中许霆所持有的正是不具有透支功能的借记卡。④ 因此,其欺骗 ATM 机的行为不符合信用证诈骗罪的构成要件。

如果说许霆的行为与信用卡诈骗罪的要件不符,是否可以就其“欺骗 ATM 机”而

---

① 许霆案是否属于共同犯罪需要研究。被告人郭安山是在发现许霆持有大量现金后,经过追问才得知实情。并供述是在许霆具体讲述下学会如何多取款的,但二人是各自取款并没有分赃。应如何看待这一事实,在许霆案的刑事判决书中并没有详文。参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第 2 号刑事判决书,http://www. cpblawg. net/? p = 444. 但在笔者看来,既然重审仍然认定许霆构成犯罪,则其教授郭安山取款犯罪方法的行为,也应该一并论及其责任。

② 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第 2 号刑事判决书。

③ 借记卡虽然有多种种类,但是一般不具有透支功能,不过由于借记卡是与存款账户绑定,所以目前有部分商业银行发行的借记卡能够透支消费,但是不能透支现钞。

④ 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第 2 号刑事判决书。

构成普通诈骗罪?《刑法》第266条规定的诈骗罪,是指用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。其核心的事实是,在行为人使用虚构事实或者隐瞒真相的主动行为下,使得相对人陷于对事实的错误认识中,"自愿"将财物交付行为人。ATM机并非有独立意志的自然人,它只是按照指令进行既定程序运作的服务终端机器。笔者认为ATM机不能视为普通诈骗罪中受到欺骗的"相对人",这当然是基于立法上规定的普通诈骗罪中的"相对人",中外刑法理论都认为只能是自然人,即要求"自然人"基于独立意志在错误认识下实施处分财产的行为。[1] 例如,关于以何种标准判断"相对人"是陷于错误认识而处分财产是符合诈骗罪的要求,就有主观说、客观说、综合说的争论。如日本的团藤重光教授持综合说,他认为:

> 欺罔为以为骗取之手段,使人陷于错误之行为,其行为必须以行为时之具体的情事为前提,有使一般人陷于错误之可能,若有此可能性,即可相当,按人之智能,千差万别,难求一般标准,故关于欺罔之是否达于足以令人发生错误之程度,除其欺罔之繁简、巧妙等因素外,并应就被欺罔者之智能、性格、知识、职业、经验、交易之实情等具体的事由,加以一般观看考虑,始可为正确之认定。[2]

换言之,普通诈骗罪之"骗"除了其具体诈骗手段外,应使得被害人基于自己的"智能、性格、知识、职业、经验、交易之实情等具体的事由"而陷于错误认识不能辨别真伪。而ATM机对于客户指令的执行,不是基于"自己的智能、性格、知识、职业、经验、交易之实情等具体的事由",而是按照既定程序运作。而且,这一既定程序也不是程序设计者按照自己的"智能、性格、知识、职业、经验、交易之实情等具体的事由"设定,因此ATM机按照指令的运作,并不能视为如同普通诈骗罪要求"相对人"实施处分财产的行为。

这是与信用卡诈骗罪持卡人可以"欺骗"机器构成犯罪的区别所在,这也正是《刑法》第266条所规定的"本法另有规定的,依照规定"之意。否则,立法者就没有必要将普通诈骗罪予以分解。

笔者认为,许霆的行为是完全符合《刑法》第264条盗窃罪规定的构成要件的。在主观上,当许霆意识到ATM机电脑程序出现异常,不能如实正确扣账后,明知自己账户余额不足,无权再次取款的情况下,又一而再、再而三地反复操作170次,累计取款达17万余元。这是在短短的数小时之内,使用相同的方法,利用ATM机的相同错误,连续操作取款,其非法取款的次数、频次之密集,均说明其主观上具有非法占有银行财产

---

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社2007年版,第1114—1116页。

② 吴正顺:《论欺诈罪之行为要件》,载郑玉波总主编、蔡墩铭主编:《台湾刑法分则论文选辑》(下),台北五南图书出版公司1984年版,第813页;转引自王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社2007年版,第1115页。

的目的。在客观上，许霆的行为符合盗窃罪要求的“秘密窃取”，所谓“秘密窃取”是指主观上自认为采用的是不使被害人发觉的方法取得并且占有公私财物的行为。秘密窃取的实质在于行为人自认为行为是隐秘的、暗中的，至于事实上是否隐秘、暗中，并不影响行为的性质。对于本案，有人认为，“被告人的行为从形式上就是‘到金融机构办理业务’，用的是自己的真实借记卡和密码。‘储户到金融机构办理业务’怎么能算得上是‘秘密方式？’”①这是偷换了正常的“金融业务”与“无权从事金融业务”的概念。按照这样的逻辑，“监守自盗”与犯罪无关；恶意透支的行为显然也是不能构成信用卡诈骗罪的。

陈兴良教授认为：

> 盗窃罪的秘密具有主观性，是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓，因此，即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时，盗窃罪的秘密具有相对性，是指行为时财产所有人或占有人不知晓，即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征……即使许霆使用本人实名的银行卡取款，事后银行能够追查到许霆，只要许霆在取款当时银行不知晓，就应当认为是秘密窃取。总之，许霆的行为是利用自动取款机的故障在银行当时不知晓的情况下恶意取款，其行为完全符合盗窃罪的特征。②

所以，秘密窃取不以必须在暗中窃取或者在被害人不知晓的情况下取得财物为必要条件。也符合重审时许霆当庭供述明知取款时“银行应该不知道”、“机器知道，人不知道”，自以为银行工作人员不会及时发现，非法获取银行资金。③ 即便许霆使用自己的银行卡，也不影响其秘密窃取的成立，“其身份的真实性并不影响行为的秘密性。”④

至于许霆的秘密窃取行为，是否属于《刑法》第264条第1款第1项的“盗窃金融机构”，是本案中争议很大的问题。笔者以为，法律所规定的“盗窃金融机构”并不是指盗窃金融机构内的所有物品，金融机构本身也不可能是盗窃的对象。所谓“盗窃金融机构”是指盗窃金融机构管理下的资金，这一点在最高人民法院1998年3月17日起施行的前述《解释》第8条中已经有了明确的规定：“刑法第二百六十四条规定的‘盗窃金融机构’，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”所以，ATM机内的现钞，属于银行的经营资金，是没有争议的。从这一点而言，认定许霆属于“盗窃金融机构”资金并没有错误。所以，才会有重审一审判决“自动

---

① 《南方都市报》2007年12月18日，载 http://blog.163.com/rogger_lee/blog/static/47196947200711189233O630/.

② 陈兴良：《许霆案的法理分析》，载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

③ 参见广东省广州市中级人民法院（2008）穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

④ 参见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载 http://news.qq.com/a/20080601/001400.htm.

柜员机是银行对外提供自助金融服务的专有设备，机内储存资金是金融机构的经营资金，……许霆的行为属于盗窃金融机构”的结论。① 也许有人认为，如果将放置了金融机构经营资金、有价证券和客户的资金的地方都视为“金融机构”，显然是扩大了金融机构的范围。例如，将现金放置在汽车中，汽车难道也是“金融机构”？笔者认为，这样的认识有曲解立法本意之嫌。且不说有无可能金融机构都会将管理下的资金随意放置在任何地方，包括随意放置在任何汽车中。事实上，立法表明的是强调在金融机构管理之下的资金。只要管理权限没有发生变化，无论资金具体处于何种状态以及何种物理位置，都不影响它属于金融机构的财产的属性，如同不能否认放置在“运钞车”中的资金是金融机构的资金一样。所以，就《刑法》第264条第1款第1项的立法本意以及司法解释的内容看，实际上只要能够认定盗窃的是属于金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金，就符合“盗窃金融机构”，这与是否需要将ATM机定义为“金融机构”并没有直接的关系。

三、适用刑罚之分析

许霆案件引起广泛争议的，不仅仅是对案件的定性，原一审无期徒刑的判决，也是争议的问题。

《刑法》第264条第1款规定：“有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”，该款第1项规定：“盗窃金融机构，数额特别巨大的”，又根据《解释》第3条第3项的规定，个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的，为数额特别巨大。在上述分析中，笔者认为一审以及重审一审判决在定性上是正确的，既然如此，原一审依据该项的规定，判处许霆无期徒刑也是没有错误的。然而，一审判决的结果所引起的巨大社会反响，的确说明了这一立法规定适用在许霆案上，与国民心理所能够接受的程度之间存在着巨大的反差。

这正如赵秉志教授所指出的：“从立法原意来看，1997年《刑法》第264条之所以规定‘盗窃金融机构，数额特别巨大的’作为可以适用死刑的加重情形之一，主要是为了严格限制死刑的适用。”②在本案中，许霆的确没有采取诸如打砸、破坏ATM机设备、侵入金融机构内部或者修改计算机程序等方式实施盗窃，而且，作为一个普通人，是在面对这种巨大的诱惑下产生的犯意，与一般意义上有预谋地盗窃金融机构的资金相比，行为的社会危害性轻，主观恶性不大，人身危险性明显要小，即使在考虑到上述因素的情况下，判处无期徒刑仍然畸重，这也正是一审宣判后会在社会上引起巨大反响的原因。然而，令人不解的是，根据《刑法》第264条，许霆案的盗窃数额仍然属于“特

① 广东省广州市中级人民法院（2008）穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

② 参见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载 http://news.qq.com/a/20080601/001400.htm.

别巨大”,仍然符合“盗窃公私财物……数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”规定的情况下,重审后一审的判决根据《刑法》第63条第2款减轻处罚的规定,判处的却是5年有期徒刑。如果判处无期徒刑过重,那么,在减轻适用的情况下,应该适用的量刑幅度是在应当适用的量刑幅度的最低刑以下判处,即低于法定最低刑判处,不能连本数在内判处法定最低刑,否则,减轻处罚和从轻处罚就没有区别。① 根据这样的理解,对许霆应该在10年有期徒刑以下判处。不过存在的问题是:应该在有期徒刑10年以下多少判处是合适的?应不应该有所限制?司法实务中,对减轻处罚在具体适用上存有分歧认识。有人认为,减轻处罚就是在法定刑以下减一档处刑。也有人认为,减轻处罚没有限制,可以减轻一档量刑,也可以减二档甚至三档量刑。

的确,对于减轻处罚是否应该有所限制,法律没有明文规定,但是,如果从具有相当意义的有关法律文件中,是否可以得出一个有意义的认识?1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》,该决定规定“加重处罚”的量刑情节。全国人大常委会法制工作委员会在《关于加强法律解释工作等三个决定(草案)的说明》中指出:“加重判刑,不是可以无限制地加重,而是罪加一等,即在法定最高刑以上一格判处。”当然,现在该决定已经废止了,但是,如果从减轻处罚和加重处罚是两个对立问题的立法思想去理解,减轻处罚就是在法定刑以下减一格(罪减一等)处刑的观点有合理的一面的。

根据“减一格”判处(罪减一等),多数学者根据我国刑法对法定刑最高刑的立法,将法定刑的幅度共分为九格,即有期徒刑1年、2年、3年、5年、7年、10年、15年、无期徒刑、死刑。如果许霆案应该适用相应幅度的法定刑是“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”,在减轻处罚时,就应该在10年以下一格,即适用7年,但重审后一审判决的幅度并不是10年以下一格,而是二格即5年。如果是一件普通的盗窃犯罪案件,当认定为符合《解释》规定的“数额特别巨大”时,适用的刑罚幅度本应该在“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”,那么,许霆的盗窃案有什么理由要在二格以下判处5年有期徒刑?

赵秉志教授指出:“对于许霆案,同样的事实与证据,一审与重审的结果,由无期徒刑到5年有期徒刑,缘何会有如此巨大悬殊?法官在适用《刑法》第63条第2款特别减轻处罚的规定而行使自由裁量权时难道不应有合理的限度吗?应当说,许霆案中法官在运用现有刑法制度灵活纠偏时没有把握好合理的度,直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑,是对刑法适用性合理限度的忽视,因而是极不严肃的。”②笔者以为,如果在判决中能够直接表明以对该类事件缺乏期待可能性为减轻处罚的事由,效

---

① 参见林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社1994年版,第164页;赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第330页。

② 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载 http://news.qq.com/a/20080601/001400.htm.

果是不是会好些呢?

笔者还认为,减轻处罚在适用幅度上的限制还是必要的,否则无限制的减轻,虽然从程序上说是合法的,但却未必符合实体正义。因为,减轻情节的适用是以具体的犯罪构成事实的危害程度所对应的法定刑幅度为基础的,如果允许无限制的减轻,可以说是完全无视这个基础的存在。皮之不存、毛将焉附?刑事责任的轻重本不应该脱离作为其存在基础的犯罪构成事实反映的社会危害性程度,即使是适用减轻处罚上也应该如此吧。

科学定罪与艺术量刑

——许霆案折射的刑法问题

王秀梅[*] 杜 澎[**]

如果严谨的科学与唯美的艺术相结合，无论其作品表现形式的载体是什么，都会是一种绝妙的完美组合，即便是一纸死刑的判决书，我们都会把它看作是一帧精美绝伦的艺术珍品。然而，在实务操作中很难达到这种完美的境地，但这并不表明司法实务中不能追求"科学定罪与艺术量刑"这种完美的组合。定罪本身就是对犯罪行为的否定性评价，之所以将定罪称之为科学，是因为定罪过程是一个理论化、系统化的知识体系，尤其是我国作为成文法的国家，定罪就是严格依照罪刑法定原则和犯罪构成理论体系进行操作的一项的系统工程。量刑本身虽然赋予法官一定的自由裁量度，但不是"估堆"。之所以将量刑称之为艺术，是因为量刑充分展现了法官审判的才华与智慧，以及法官所追求的法律适用的公平与公正，这一过程与艺术家所追求的视觉艺术效果并无两样。因此，量刑也是一种思维层面的艺术。本文力图透过对许霆一案的深入分析，尝试剖解其中有关该案定罪与量刑方面存在的一些理论问题。

一、许霆案定罪的科学性问题

经过数级法院的数次审理，法庭认定许霆的行为构成盗窃罪。从立法的科学性角度分析，认定许霆行为构成盗窃罪无可厚非，但从科学的严谨性角度分析，"许霆秘密窃取公私财物"的行为和"盗窃金融机构"的行为与刑法规定的普遍意义上的盗窃罪确实存有一定的偏差，这也是引发法学界深入思考这一案件的基础动因。客观上说，许霆案件本身并不复杂，但从界定其行为性质的角度而言，却涉及对现行法律的理解和认识问题。根据《刑法》第 264 条盗窃罪的规定及 1998 年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》，秘密窃取公私财物、数额巨大、盗窃金融机构

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院教授、法学博士、博士生导师，北京市房山区人民检察院副检察长。

** 人民法院出版社副教授、法学博士。

管理的财物的行为应依法从重处罚，一审法院第一次对许霆作出无期徒刑的判决即是如此。由此可见，许霆案件初次审理在适用法律问题上并没有原则性的出入，而是严格依照法律作出的判定。而导致许霆案件大讨论的起因同样也是一审法院第一次判决，因此，笔者认为，此案的关键是机械性地理解法律术语，还是灵活地适用法律问题。

（一）"秘密窃取公私财物"之辨

就现行刑法规定而言，"秘密窃取公私财物"是构成盗窃罪的基本特征之一，这也是许霆案争议的焦点之一。在银行自动柜员机（ATM）取款与"秘密窃取公私财物"之间如何相互关联？这是判断与界分许霆行为性质的关键。

许多学者从民法角度分析，认为许霆的取款行为不属于"秘密窃取公私财物"。如有人认为：

> 该交易行为是由于广州商业银行的计算机系统错误而导致的，并不是广州商业银行的真实意思表示。符合民法理论上意思表示不真实而导致的无效行为。因此，许霆行为应定性为无效交易行为……本案中，事发时许霆在取钱是完全在银行的设备和系统监控下进行的，事后在银行的交易记录中，完全可以查到取款信息等。许霆取款的行为事发时，和事发后银行都是一目了然的，显然不能认定为秘密窃取。①

还有人认为：

> 许霆案能否被定性为"盗窃罪"，关键不在于许霆取款时的目的和取款后的表现，而在于其取款时所使用的"手段"。如果行为人的取款手段不构成"秘密窃取"，那么，就不能以盗窃罪来定案……许霆用银行卡取款的行为本身是合法的，只不过他对取出的钱款缺乏取得所有权的法律依据，因此构成了不当得利。但需要强调指出的是：不当得利仅仅是说许霆得到这笔巨款缺乏法律的依据而已，并不是他取钱行为缺乏法律的依据。行为与行为后果是两个完全不同的概念。②

还有一些学者提出：

> 许霆的行为既不是不当得利，也不是盗窃，而是一种全新的行为。因为，不当得利是被动获利，而许霆除第一次之外都是主动获利。盗窃是秘密获取，但许霆是公开获取。说他是一种新的行为，是因为他有两个显著的特点：一是利用了ATM机的出错；二是使用了真实的信用卡。这两个特点就决定了它既不是不当得利，也不是盗窃。③

---

① 参见郭向东：《许霆案应定性为"无效交易"行为而非"窃取"》，引自中国民商法律网。
② 参见徐绪辉：《许霆无罪——为"民法"而辩》，引自中国民商法律网。
③ 载 http://china.huanqiu.com/society/2008-02/57125.html.

总而言之,上述观点均认为许霆的行为不具备盗窃罪“秘密窃取”特征。

笔者认为,从民法角度分析许霆案仅停留在一种表象认识上。换言之,通常在ATM机上取款的普通行为并非秘密行为,因为这对个人而言是一种秘密行为,在银行与客户之间则是一种民事上的债权债务关系,亦非秘密行为。由此可见,客户在ATM机上取款应属于一种经过事先约定(合同)而且是银行预先知晓的行为,通过ATM机上支付则是银行商业行为的一种延伸(履约行为)。然而,前述普通取款行为并不能推出“恶意取款行为”也属于合理的民事行为的结论,或者说ATM机出错(银行的过错)并不能抵消行为人行为性质上的非法性(恶意)。简而言之,许霆首次取款时因ATM机系统故障而多得之款确属“不当得利”,但其后续行为(经认定170次)则是行为人本身有意识地利用自动取款机的错误恶意取款的行为,这种恶意显然就是一种明知的故意,这种故意的非法性就是占有银行的款项,最终获取17万余元则是行为人在非法占有意志支配之下所产生的客观结果,这种行为无疑应得到刑事法律的否定评价。

至于争论的“秘密窃取”问题,笔者认为,所谓秘密窃取,一般表现为行为人采用自认为不使所有人、保管人、持有人发觉的方法,将他人财物转归本人或第三人所有,这也是盗窃罪区别于诈骗罪的最根本的特征。这并不是认定此案行为性质不可或缺的条件。因为这其中存在一个逻辑前提的问题,持反对意见者认为,前提的真实性可以得出结果的真实性,但忽略了其中的逻辑条件,如果条件发生变化,结果的真实性自然也会发生质的变化。如有的学者认为:“在本案中,行为人用自己的卡在取款机取款时,既未在卡上做手脚,也未在取款机上做手脚,完全是按照正常和正当程序操作。这说明他没有实施法律明确规定的盗窃手段,也就是说并未有秘密窃取的行为。在此情况下,虽然他具有占有这笔不义之财的动机和结果,但是依照罪刑法定原则,认定为盗窃罪显然是勉强的。”①我国有句成语——“掩耳盗铃”,换言之,以为别人不知(此案亦然)而去实施“盗铃”行为,这显然无法否定“盗”的性质。本案中的所谓“正常操作”应该是根据银行卡中能够支取的数额进行操作才属“正常”,超出支取范围的任何操作均属于非法操作(尽管其表面形式上符合正常操作程序),这与“盗铃”何异?因此,本案的“秘密窃取”反映在行为人利用自动取款机错误而超限额提取不属于自己的钱款,其“正常、公开”操作方式掩盖了其中的“秘密窃取”手段,对于不属于行为人所有的那部分财产而言,其行为方式应视为“秘密窃取”。

例如,日本学者认为:“所谓窃取,是指违反占有人的意思,将他人所占有的财物转移至自己占有的行为。窃取,本来是指秘密取得之意,但即便公然实施也可构成本罪。”②陈兴良教授认为:

---

① 《许霆案是刑法未规定的全新行为》,载http://china.huanqiu.com/society/2008-02/57125.html.

② 参见〔日〕西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第102页。

> 可以对"秘密"一词赋予特定的含义即可解决这个问题,而无须取消盗窃罪的"秘密"这一特征。例如,盗窃罪的秘密具有主观性,是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓,因此,即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时,盗窃罪的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。根据这一解释,即使许霆使用本人实名的银行卡取款,事后银行能够追查到许霆,只要许霆在取款当时银行不知晓,就应当认为是秘密窃取。总之,许霆的行为是利用自动取款机的故障在银行当时不知晓的情况下恶意取款,其行为完全符合盗窃罪的特征。①

广东省高级人民法院在重审二审裁定中充分阐明了这一理由。② 马克思在谈到林木盗窃问题也曾说过:"林木占有者的利益之所以在林木受窃时受到了损失,只是林木遭到了损失,而不是权利受到了侵犯。只是罪行的可以感觉的那一面触犯了林木占有者的利益,犯罪的实质并不在于侵害了作为某种物质的林木,而在于侵害了林木的国家神经——所有权本身,也就是实现了不法意图。"③

(二)"盗窃金融机构"之辨

在本案中"银行自动柜员机"是否属于金融机构也是定罪争论的核心问题。辩护一方的观点认为:"许霆通过柜员机正常操作取款,在物力空间和虚拟空间上都没有进入金融机构内部,因此,许霆的行为不可能属于盗窃金融机构。"④支持辩护方的观点认为:"能称为'机构'者,是包括组织、人员在内的。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。ATM 机顶多也只能算是金融机构的一

---

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载 2008 年 4 月 1 日《人民法院报》第 5 版。

② 本案中,柜员机只是银行用于经营、保管资金的智能工具,当柜员机出现故障时,已不能正确执行和代表银行的意志。许霆利用柜员机出现的故障,并趁银行工作人员尚未及时发觉柜员机的故障并对该柜员机采取有效保护措施之机,连续 170 次恶意取款,许霆取款时不仅明知柜员机出现了故障,而且通过第一次取款的成功,知道银行工作人员不会当场察觉到其恶意取款行为,且事实上也是直到许霆作案后第三天才发觉。上述事实足以说明许霆主观上产生了其非法占有银行财产的行为不会被银行工作人员当场发觉的侥幸心理,虽然许霆持有的是其本人的银行卡,柜员机旁亦有监控录像,这些都只是使银行事后能够查明许霆的身份,但不足以使银行能够当场发觉并制止许霆的恶意取款行为,所以许霆的行为具有"秘密性"特征;许霆持不具备透支功能的银行借记卡超余额取款,且每次取款银行卡账上都不能如实扣款,其恶意取款的行为之所以能够实现,是因为柜员机出现了异常,不能正确执行银行的指令,所导致的不如实扣账等故障情况违背了银行的真实意思,故许霆非法占有银行资金的行为显然违背了银行的意志;许霆取款时虽然输入了正确的密码,但由于许霆是基于非法占有银行资金的这一犯罪目的进行取款,在此前提下,其操作取款行为只是许霆非法占有银行财产的一种手段,密码是否正确并不影响行为的定性,仅说明其行为具有非暴力性。综上,许霆的恶意取款行为完全符合"秘密窃取"的法律特征。参见广东省高级人民法院(2008)穗高法刑一终字第 170 号刑事裁定书。

③ 参见《马克思恩格斯全集》(第 1 卷),人民出版社 1972 年版,第 168 页。

④ 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

种工具而已,而不是金融机构的延伸。”①赵秉志教授则认为:“许霆的行为不宜认定为盗窃金融机构。”其主要理由是,《刑法》第264条的立法原意主要是为了严格限制死刑的适用,应当对作为盗窃罪中加重情形的“盗窃金融机构”作出严格的限制解释,而不应将ATM机解释成金融机构。

笔者认为,在本案中争论ATM机是否属于金融机构意义不大,持否定论者的观点源于对概念的模糊认识,因为“金融机构”与“金融机构资金”是两个不同的概念。刑法中的“盗窃金融机构”是“盗窃金融机构资金”的省略语,这一点最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条已经作出明确解释,该条规定:“刑法第二百六十四条规定的‘盗窃金融机构’,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”由此可见,盗窃金融机构不是指盗窃金融机构的某个有机组成部分,而是指盗窃的对象是否为金融机构管理的财物,而ATM机里的钱无疑是金融机构所管理、经营的资金,这一点是毋庸置疑的。重审一审判决认定:“自动柜员机是银行对外提供自助金融服务的专有设备,机内储存资金是金融机构的经营资金……许霆的行为属于盗窃金融机构。”②即便假设ATM机只是机器而不属于金融机构,行为人盗取不属于自己的钱款同样是一种盗窃行为,只是在具体量刑上与盗窃金融机构有别而已,不能改变其盗窃的行为性质。王作富教授指出:

> 第一,取款机是工具,但是,银行将它设立在公共场所的一定空间,就成为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样。第二,刑法规定的“盗窃金融机构”着重在于金融机构的资金,在国家经济建设中具有不同于一般单位或个人的资金的重要功能及意义,所以,需要给予特殊的保护。既然取款机内的资金属于银行所有,就没有理由把盗窃取款机内的资金排除在盗窃金融机构之外。③

自动取款机当然不是金融机构,因为金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象的。因此,只要承认自动取款机中的款项是金融机构的经营资金,就难以否认许霆的行为属于盗窃金融机构。因而法庭认定许霆行为属于盗窃金融机构是定罪过程科学性的充分体现。

二、许霆案量刑的艺术性问题

许霆案历经三级审理,原一审判处许霆无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个

① 《许霆案是刑法未规定的全新行为》,载http://china.huanqiu.com/society/2008-02/57125.html.

② 《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第2号。

③ 王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008年4月2日第6版。

人全部财产;重审后,判处许霆有期徒刑5年,并处罚金2万元。前后判决在量刑上相差悬殊,针对同一个案件事实,在没有改变犯罪定性的前提下,量刑幅度上却前后如此大的殊异,首先反映了审判法官对裁量权拿捏的程度不同;其次反映了量刑本身的艺术性。因此,评判法官的最终裁量是否适当应从两个方面考虑:一是法院是否对影响量刑的各种情节作出全面的、综合的适当评价;二是在正确适用刑法条款的基础上考虑社会综合因素艺术性地决定量刑幅度。具体案件的量刑与定罪过程同样是一套完整的科学体系,而量刑是在定罪基础上对行为人行为的法律评价。

从适用法律上看,原一审判决主要根据是《刑法》第264条及司法解释规定,即"盗窃金融机构,数额特别巨大的……处无期徒刑或者死刑,并处没收财产","个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为数额特别巨大"。本案的初次判决不仅引起媒体的广泛关注,而且在全国范围内引发了一场激烈的大讨论。公众普遍对原一审判决结果的质疑是量刑畸重。笔者认为,量刑畸重的原因主要源自适用法律上的机械模式。从原一审判决的认定及适用法律上看,判决本身并无重大疏漏,是严格依照现行法律作出的,但该案判决量刑部分缺乏对本案特殊性的考虑,这也是引发质疑的根源所在。因此,在具体适用刑法时应结合案件的特殊性及相关酌定因素综合评判,均衡量刑,这不仅是准确适用自由裁量的问题,而且是一种量刑艺术问题。

(一)主观恶性程度与酌定情节之辨

就本案的特殊性而言,行为人的主观恶性程度是首先应该考虑的问题。银行自动取款机发生故障本身就是一种特殊现象,不具有普遍性,这种过错是由银行系统自身造成的,这是诱发行为人产生犯罪意图的诱因。当然,诱因并不一定会导致结果的发生,或者说犯罪结果的发生,因为一个正常的行为人完全有控制自我行为的能力,但当行为人因此而产生犯罪的意图,实施了犯罪行为,在认定犯罪结果及量刑时我们不能忽视这种诱因的存在,这种诱因则是减轻行为人主观罪过及量刑时应该考虑的酌定因素之一。许霆第一次取款因输入错误而意外成功获得钱款,并因此认为自动取款机出现故障,进而连续取款170次,明显可见其恶意取款犯意是由银行系统故障所引起,这种利用取款机故障恶意非法占有财物的行为较其他有预谋、有准备地盗窃金融机构行为的主观恶性而言相对要小,原一审判决忽略了这一认定行为人主观恶性上的可酌情节。

酌定量刑情节,是指不是法律规定的,但是根据立法精神和有关刑事政策,从审判实践经验中总结出来,存在于案件事实当中,能够反映行为的社会危害性和行为人的人身危险性的情况,并在司法实践中推广使用的,裁量时灵活掌握、酌情适用的情节。①诸如犯罪的动机、手段、环境、条件、对象、时间、损害后果、被害人有过错、犯罪人的一

① 参见房清侠:《酌定情节的学理研究》,载《法学家》2001年第5期。

贯表现和犯罪后的认罪态度等要素。成文法本身具有一定的局限性,“任何成文法都存在立法目的的公正性与立法结果的不公正性的矛盾。如果在适用刑事法律过程中发现某刑事法律滞后,或具有明显的立法上的疏漏,一成不变地贯彻执行这些规定将导致严重司法不公的时候,就应当审慎,要把刑事立法上存在的这种明显缺陷当作案件裁量上的酌定从宽情节,从有利于被告的原则出发,妥善地量刑配刑。”①陈忠林教授在提交全国人大的提案中建议:“建议修改刑法,将‘酌定情节’全面法定化。”并建议在《刑法》第13条中增加一款,“主观上出于有利于社会的动机,客观上产生有利于社会的结果,并且没有造成任何实际损害的行为,即使在形式上违反了法律的规定,不认为是犯罪。”②

笔者认为,酌定情节在刑事审判实践中对量刑具有补充性和灵活性的功能,是法官针对具体案件运用自由裁量权的具体体现,酌定情节虽然缺乏法律的明确规定,但不能因此而忽视、替代、排斥酌定情节。如果在量刑中只保护法定情节而排除酌定情节,则意味着不分案件的具体情况而判决,这显然有违刑罚的公正性及刑法罪刑均衡的原则。

(二)犯罪数额之辨

影响本案量刑的另一个条件是“数额特别巨大”,刑法本身并未就数额特别巨大作出规定,司法解释的标准是“个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为数额特别巨大”。③ 从法律适用上分析,原一审判决适用“数额特别巨大”的标准量刑并无不当。自1997年刑法修订颁布以来,相继出台的两个司法解释都将“数额特别巨大”规定为“3万元至10万元以上”,这一解释在现在看来是否还具有合理性?因为随着我国经济水平的不断发展与进步,国民生产总值的不断提高,原有的解释数额却始终没有作出相应的调整,滞后于刑事审判的需求,已经不能适应当前形势发展的需要,这是值得司法实务界和法学界思考与研究的问题。赵秉志教授曾结合司法解释关于数额的规定指出:“数额规定基本上体现了原则性与灵活性的统一,是较为适宜的。但可以肯定的是,随着经济发展等因素的变化,这一数额将不断进行调整,以做到动态的罪责刑相适应。”④广东省政协委员、广东省律师协会副会长朱征夫正式向两会提交提案,建议广东省调整盗窃罪量刑标准。他认为,以10万元作为广东经济发达地区盗窃罪“数额特别巨大”的最低量刑标准,是根据1997年最高人民法院的司法解释确定

① 参见陈华杰:《论死刑适用的标准》,人民法院出版社2005年版,第236页。

② 参见陈忠林:《建议将刑法“酌定情节”全面法定化》,载《法制日报》2008年3月17日。

③ 最高人民法院1997年11月4日通过1998年3月17实行的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第3项与1998年3月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》第3项规定的“数额特别巨大”标准均为“3万元至10万元以上”。

④ 参见赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第167页。

的。按广东省经济发展状况，经济发达地区盗窃罪“数额特别巨大”的最低量刑标准，可调整到 40 万元，但考虑到量刑标准的相对稳定性、地区之间的平衡等因素，暂建议调整到 20 万元为宜。①

笔者认为，原有的解释标准已经不能完全适应经济发达地区发展的整体标准，其旧有解释模式的合理性已经受到质疑。在原有的解释框架内，原一审判决适用上的机械性自然会同样受到质疑。那么，司法实践中针对某些特殊情况如何在法理分析的基础上，在量刑方面依法采取一定的补救措施，应该是法官适用法律时予以考虑和研究的，这也是量刑适当性的要求。

（三）特殊减轻理由之辨

就许霆案而言，是否存有特殊的减轻理由，也是能否在量刑上减轻处罚的关键。陈兴良教授认为，适用特殊减轻的理由有三：一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由，却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物，这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比，客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑，从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说，由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低，由此可以减轻许霆的责任。②张明楷教授认为，事实上也可以为许霆找出应当轻判的理由。从立法论上来说，量刑畸重缘于过重的法定刑。但是，一方面，不能因为判处无期徒刑过重，就否认许霆的行为属于盗窃金融机构。另一方面，既然判处无期徒刑过重，就必须合理运用刑法的相关规定，对许霆判处低于无期徒刑的刑罚。③

笔者认为，原一审判决量刑过重，这个问题的出现本身较为复杂，既有法律制定上的原因，也有法律适用上的原因。如前所述量刑上存在的各种问题，显然是成文法规则本身存有的滞后性。但于适用法律上，结合案件的特殊性能否适用特殊的减轻制度，则是法官自由裁量上的适度性问题。如《刑法》第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”原一审法院在适用该款时，可以先作出减轻处罚的判决，然后逐级上报至最高人民法院核准。原一审法院没有适用这一规定的原因主要是对本案可以减轻处罚的酌定情节缺乏足够的认识。对于本案的量刑，既要考虑行为人行为具有严重的社会危害性，构成了盗窃罪，属于盗窃金融机构，数额特别巨大，又要

---

① 1997 年，广东的 GDP 是 7 000 多亿元，2007 是 30 606 亿元；1997 年广东人均收入是 1 000 多美元，到 2007 年已超过 4 000 美元。社会财富增长这么快，10 年前的“特别巨大”数额到今天已不再构成特别巨大。参见《广东委员建议将盗窃数额特别巨大标准调至 20 万》，载《羊城晚报》2008 年 1 月 20 日。

② 参见陈兴良：《许霆案的法理分析》，载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

③ 参见张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

充分考虑到这种犯罪的偶然性与特殊性,对其在法定刑以下量刑既符合刑法关于罪责刑相适应的原则,又充分体现了法律效果与社会效果的统一。我国是成文法国家,成文法始终存在一定的滞后性,无法包罗所有的犯罪现象和犯罪特征,很多酌定从严、从宽的量刑情节无法在已存在的法律中规定。所以对被告人量刑既要考虑到法定情节,又要考虑到酌定情节及个案的特殊情况,只有将二者结合起来,综观全案妥善处理,才能最大限度地发挥条文法的优越性,弥补条文法的滞后性,充分体现法律效果与社会效果的统一。

英国哲学家波普尔在《通过知识获得解放》中有个著名的论断:"寻求真理一定要从寻找错误开始,寻找我们自己的错误,也寻找别人的错误,正是错误妨碍了人类的进步。"在司法实践中,如何准确地界定犯罪所体现的是运用刑事法律的科学性问题,同时也是运用刑事法律分辨是非曲直的过程,既需要严谨的方法,也需要科学的论证过程,还需要对法律精神及宗旨的精确把握。在此基础上的量刑过程则是刑事法律科学性的完美体现,这种体现不是一种机械式应用模式,而是需要法官在合理论证的基础上如何用刑罚的标尺衡量犯罪的可罚性,因此,量刑的过程,即法官自由裁量的过程,是实现刑罚功能的最终途径,在此过程中如何掌握刑罚的尺度,就如同一名艺术家创作一幅作品一样,完美与否、艺术性成败与否,都将关乎其真实的社会效应。探寻真理的过程与探寻正义实现的过程一样,都将在不断的发展中寻求完美与完善。

关于许霆案定罪与量刑问题的思考

——以银行自动柜员机系统错误为切入点

利子平* 周建达**

一、问题的提出

随着现代科学技术的发展,人工智能技术在社会的各个领域得到了越来越广泛的应用,给人们的生产、生活带来了极大的便利与迅捷。然而,新技术的广泛应用也时常伴随着风险的增加。这种风险不仅仅源自新技术本身的成熟程度,更多的还是来自于操作性的失当与程序性的失控或错误。由此,往往导致这样一个现代性的"技术悖论",即人们在充分享受现代科技便捷与高效的同时,也不得不时常面对随之而来的技术困顿与风险。许霆案便是一个真实的缩影。在许霆案审理的始末,各界对许霆案的密集关注,不仅从一个侧面展现了现代人工智能技术条件下公众对频繁出现的技术困顿与风险的忧虑与关切,而且也给法律如何规制此类现象提出了新的命题与挑战。许霆案历经一审、一审重审、二审终审和最高人民法院的核准,已尘埃落定,但此案背后所折射出的情理与法理的冲突、定罪与量刑的脱节、舆论与司法的隔阂等诸多问题仍值得细细体味与深思。限于篇幅,本文仅以银行自动柜员机系统错误为切入点,对许霆案的定罪与量刑问题略陈管见。

二、许霆案的定性

许霆的行为究竟应当如何定性?这是许霆案备受争议的重要问题之一。对此,尽管一审、一审重审乃至二审终审判决始终坚持按照盗窃罪(盗窃金融机构)定性,但学界至今仍有不同的看法。学界的争议主要集中在以下两个问题:一是许霆的行为是否应受刑法规制,即许霆的行为是否构成犯罪;二是如果许霆的行为构成犯罪,究竟应当定什么罪。可以说,对此二问的解答不仅关涉许霆案司法审理的公正与否,而且还将

* 南昌大学法学院院长、教授,中国法学会刑法学研究会理事。

** 南昌大学法学院刑法学专业硕士研究生。

影响罪刑法定原则的司法贯彻。

(一)许霆的行为构成犯罪

自许霆案进入司法审理以来,有相当一部分人认为许霆的行为不构成犯罪。主要代表性观点有:(1)重大误解说。此说认为从民法上的"重大误解"角度分析,许霆的过错仅属于民事过错,他与银行自动柜员机之间的行为属于履行存取款合同的行为,只不过履行的行为不正确、不恰当而已。换言之,由于银行柜员机在营业时间的一切意思表示均应推定为银行的意思表示,因此,在银行通过法律程序撤销该交易之前,其与许霆的交易仍属有效民事法律行为。而当法院认定银行自动柜员机的确存在"失灵"时,银行对许霆的支付行为便构成了民法上的"重大误解",不能据此认定许霆的行为构成犯罪。[①] (2)不当得利说。认为根据民法上的不当得利理论,许霆的行为只是民法上的"乘人之危"或"以合法形式掩盖非法目的"的行为。具体而言,许霆利用自动柜员机程序出错恶意取款,银行当时实际上是在违背自己真实意愿的情况下将17.5万元错误支付出去的。尽管许霆恶意取款行为在形式上是"合法"的,但是其目的却是非法占有不属于自己的银行现金,故属于民法上的"以合法形式掩盖非法目的"的行为。因此,许霆的行为构成不当得利,属于无效的民事行为。[②] (3)期待可能性说。认为在面对轻而易举就可以不断地向吐钱的取款机取款时,人们很难抵挡诱惑,许霆的行为应当视为是一种平常人的正常表现。相反,要求许霆在此时不取款,甚至主动告知银行,实际上是对许霆的一种苛求,是对人性的高估。[③] (4)银行过错说。认为银行多支付给许霆的款额系由银行自动柜员机的系统错误造成的。许霆的多次取款行为仅仅是出于占小便宜的私心,况且,如果银行第一时间及时与许霆沟通,让许霆将钱款返还,则该案即可平息,故银行不应利用公权以强欺弱、将复杂的问题简单化。[④] (5)综合说。认为无论从哪个角度来看,许霆的行为都不构成犯罪。其理由是:从行为性质来看,许霆的行为缺乏秘密性;从行为背景来看,此案的发生是由银行过错导致的;从法不责众原则来看,此类行为属于大多数人都会为之的行为;从刑法适用对象来看,许霆的行为属于偶然性行为;从刑法谦抑性来看,许霆的行为属于民法能够调节的行为;从刑法目的来看,不对许霆治罪亦可达到犯罪预防的目的;从罪刑法定原则来看,许霆的行为与传统盗窃罪格格不入,若定盗窃罪有类推之嫌。[⑤] 那么,许霆的行为究竟是否构成犯罪呢?笔者的回答是肯定的。

1. 许霆案中银行的支付行为并不构成民法上的"重大误解"。所谓"重大误解",

---

① 参见王军:《许霆何罪之有?》,载《IT经理世界》2008年第6期,第111页。

② 参见李梁、袁媛:《对于"许霆案"的几点刑法学思考》,载《法制与社会》2008年第3期(下),第37页。

③ 参见李红海:《法律面对的是脆弱的人性》,载《新京报》2008年1月13日第A03版。

④ 参见刘丹:《透视许霆案背后的法律人文关怀之争》,载《西部法制报》2008年4月15日第5版。

⑤ 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

是指“误解人在作出意思表示时，对涉及合同效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷，其后果是使误解人受到重大损失，以至于根本违背当事人订立合同的目的。”①显然，民法上的“重大误解”是针对合同订立而言的，即当事人在订立合同时，对涉及合同效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷。而在许霆案中，许霆在该银行开设账户，即其与银行之间订立储蓄合同的过程中，无论是许霆还是银行都是基于自己的真实意思表示，且双方对涉及合同效果的重要事项并不存在任何认识上的错误。因此，以银行有“重大误解”作为许霆无罪辩护的理由是不能成立的。

2. 许霆的行为不属于不当得利。构成民法上的不当得利，须同时具备以下四个要件：(1) 一方取得财产利益；(2) 另一方有损失；(3) 得利与受损之间具有因果关系；(4) 利益的取得无法律上的依据。如果说许霆第一次取款是在自动柜员机出现异常时无意中提取的，因而属于不当得利，但自第二次取款时，许霆明知银行自动柜员机系统出错，转而以非法占有为目的，恶意反复支取数额巨大的款额，其行为在性质上已经演变为对银行财产权的严重侵犯，故不再属于民法上的不当得利行为。此外，从不当得利的主观心态与行为方式来看，许霆的后续行为也不属于不当得利。因为在不当得利的场合，就收益人而言，其主观上并不具有非法占有他人财物的目的，且其获利往往是被动的。而在许霆案中，除了第一次取款外，其后续取款行为均是以非法占有为目的，积极主动地追求获利结果。

3. 以期待可能性为无罪辩护的理由也不成立。尽管一向以体恤人性脆弱而著称的期待可能性理论在德、日等国备受推崇，并且近年来也颇受国内学人的青睐，但作为一项超法规的免责事由，期待可能性的适用并非无度。事实上，即使是在德、日等国，期待可能性的适应也是相当谨慎的。究其原因，主要在于“期待可能性这一超法规的免责事由，不论从主观上理解或从客观上理解，都会减弱刑法的一般预防效果，导致法律适用上的不平等。因为所谓‘期待可能性’不是可能适用的标准。而且免责事由，根据法律的明确体系，设置着不能扩大适用的例外规定。甚至处于困难的生活状况下，即使强迫面对这种状况的人作多大的牺牲，共同体也会要求服从法律。”②具体到许霆案，面对银行自动柜员机系统出错的巨大诱惑，尽管世人难免会起贪念，然而，理智的人自当明白“不该拿的钱不拿”这样浅显的道理。从期待可能性的实质，即意志不自由来看，银行自动柜员机的系统错误充其量仅仅是一种诱惑，而非强力的意志胁迫或者压制，故在该场合，人们完全可以期待许霆放弃恶意取款的行为。因此，以欠缺期待可能性为由，认为许霆的行为不构成犯罪的观点缺乏充分的根据。

4. 银行的过错并非许霆行为可以免罪的理由。纵观许霆案，银行的过错的确扮演

① 陈小君主编：《合同法》，高等教育出版社2003年版，第94页。
② 转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第499页。

着极为特殊的角色。主要表现在两个方面:一是案发时银行自动柜员机的系统错误,导致许霆的贪念演化为现实的危害行为;二是案发后银行未及时发现该错误,致使赃款未能及时追回。各界舆论至今对许霆案的判决颇有微词,缘由多在于此。因为,假使银行的自动柜员机未出现系统错误,兴许许霆也不至于落得如此境地,以至于有人呼吁"请求将出错的 ATM 机正法"。[①] 尽管这是一句颇具讽刺意蕴的戏言,然而,它从一个侧面展现了公众对银行过错的愤懑。应当指出的是,在本案中银行固然有过错,但其并不能成为许霆刑事免责的正当事由。毕竟,在面对银行自动柜员机系统出错的时候,许霆完全可以不再续取,甚至及时告知银行。然而面对出错的自动柜员机,许霆却选择了反复多次地非法窃取。这正是其之所以必须承担罪责的根本原因。因此,银行的过错不能成为许霆刑事免责的正当理由。

5. 所谓综合说也不足为据。因为:(1) 许霆的行为在性质上属于秘密窃取,而这里的秘密窃取不以被害人是否知晓为必要;(2) 银行虽有过错,但不能成为许霆免罪的正当事由;(3) 所谓大多数人都会为之的论断过于武断,缺乏事实根据;(4) 许霆案看似偶然,却又有其必然性,这种必然性寓于现代人工智能技术在生产、生活领域的广泛应用,而人工智能技术不可避免地会出现操作失当与程序失控,由此决定了类似行为复发的不可避免性;(5) 当某一行为刑法已有明文规定时,应当依法追究,否则有违罪刑法定原则;(6) 对许霆行为的姑息,势必会损害刑法的权威与公众认同;(7) 许霆的行为完全符合盗窃罪的构成要件,并不存在类推之嫌。

(二) 许霆的行为构成盗窃罪

由于许霆是利用人工智能机器设备的系统错误实施犯罪,其在行为方式上与传统犯罪有所不同,因而导致学界对许霆案应定何罪产生了较大的分歧。归纳起来,主要有侵占罪说、诈骗罪说、信用卡诈骗罪说、盗窃罪说等几种不同的观点。笔者认为,许霆的行为应定盗窃罪。

1. 许霆的行为不构成侵占罪。所谓侵占罪,是指将代为保管的他人财物,或者合法持有的他人遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不退还的行为。其客观方面的特征主要表现在:一是行为对象必须是代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物;二是行为方式是变合法持有为非法占有,并拒绝退还。而许霆案并不具备上述特征。理由如下:(1) 许霆非法占有的财物并非代为保管的他人财物,亦非他人的遗忘物、埋藏物。尽管在许霆案中,由于银行自动柜员机系统出错,导致银行无法对该自动柜员机实施正常的系统控制,暂时性地失去了对财物的控制能力,但不能据此认为

① 喻德武:《请求将出错的 ATM 机正法》,载《现代交际》2008 年第 2 期,第 30 页。

该自动柜员机内的财物属于"遗忘物"。[①] "所谓遗忘物,通常是指财物所有人或持有人有意识地将自己持有的财物放置在某处,因一时疏忽忘记拿走,而暂时失去控制的财物。"[②]而在许霆案中,银行并非将经营资金放置某处而忘记拿走,相反,银行是将经营资金放置于特定的自动柜员机内,只不过由于系统出错而无法实现对该经营资金的正常控制。如果许霆不进行支取,则该经营资金仍然未脱离银行的控制。显然,这与刑法规定的"遗忘物"有着本质的区别。(2)许霆的行为不符合侵占罪的行为方式。侵占罪具有"变合法持有为非法占有"的行为特征,而许霆对多余款额的占有并不具备这一行为特征。按照一般的见解,侵占罪中预先持有他人财物的合法原因或根据通常有委托关系、租赁关系、借用关系、担保关系或无因管理几种。[③] 而在该案中,许霆对于多余款额的支取行为本身并不具有合法性,并且在许霆支取银行款额前,该款额也并不在其实际控制之下,因而根本不存在"变合法持有为非法占有"这一行为演变过程。

2. 许霆的行为不构成诈骗罪。所谓诈骗罪,是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物,数额较大的行为。诈骗行为最突出的特点,就是行为人设法使被害人在认识上产生错觉,以致"自觉地"将自己所有或持有的财物交付给行为人或者放弃自己的所有权,或者免除行为人交还财物的义务。[④] 其中,有无"设陷行为"(即虚构事实或隐瞒真相)是认定诈骗罪的关键。而许霆案之所以不构成诈骗罪,最重要的原因即在于此。纵观许霆作案的全过程,我们不难发现,许霆是以自己实名开办的银行卡,通过正确地输入密码告知自动柜员机取款额度,并且许霆也未曾删改银行保留的任何信息,因而不存在隐瞒自己个人账户余额不足的真相的问题。而自动柜员机之所以会"自觉地"给付许霆多余的款额,其根本原因在于自身系统的错误。显然,这与诈骗罪中因受行为人欺骗而"自觉地"交付财物有本质的区别。那么,许霆的行为是否属于不作为的诈骗罪呢?对此,笔者的回答是否定的。因为不作为的诈骗是以行为人具有告知某种事实真相的法律义务为前提的。换言之,在不作为的诈骗中,行为人的不告知是使对方陷入错误的原因。[⑤] 而在许霆案中,当其得知银行自动柜员机系统出错而多给付款额时,即使其负有告知的义务(充其量也仅属于道德义务),其不告知的行为也不是导致银行自动柜员机出错的原因,所以,许霆并不构成不作为的诈骗罪。

3. 许霆的行为也不构成信用卡诈骗罪。所谓信用卡诈骗罪,是指以非法占有为目

---

① 北京律师董正伟认为,自动柜员机出错把 1 元的取款信息误读为 1 000 元是一种计算机信息的"遗忘或遗漏"。参见田霜月、邢佳咪:《黄龙云:许霆案应该慎重审判》,载《南方都市报》2008 年 1 月 24 日第 A07 版。

② 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版,第 579 页。

③ 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社 2007 年版,第 1146—1148 页。

④ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版,第 572 页。

⑤ 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 642 页。

的,利用信用卡进行诈骗活动,数额较大的行为。按照刑法的规定,以下四种情形属于信用卡诈骗:(1) 使用伪造的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的;(2) 使用作废的信用卡的;(3) 冒用他人的信用卡的;(4) 恶意透支的。尽管按照《银行卡业务管理办法》第2条、第5至12条的规定,信用卡有别于借记卡,但根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》,"刑法规定的'信用卡',是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。"即刑法上的信用卡是广义的,它包含了借记卡。据此,有人认为,许霆的行为属于信用卡诈骗罪中的恶意透支行为。① 笔者认为,这种观点值得商榷。所谓透支,是指在银行及其他金融机构设立账户的客户在账户已无资金或资金不足的情况下,经过银行批准,允许以超过其账上的额度支用款项的行为。透支有善意与恶意之分。所谓恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或规定期限透支,并经发卡银行催收后仍不归还的行为。② 可见,无论是善意透支抑或恶意透支,均必须以银行赋予行为人所持的银行卡具有透支功能为前提。而在许霆案中,许霆所持银行卡根本不具有透支功能。其之所以能"少输多取",完全是因为该自动柜员机的系统出现了错误。因此,许霆的行为不属于恶意透支,当然也不能因此构成信用卡诈骗罪。

4. 许霆的行为构成盗窃罪。所谓盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物,数额较大,或者多次盗窃公私财物的行为。许霆案完全符合盗窃罪的主客观要件:(1) 许霆在主观上具有非法占有的目的。首先,在公安机关的讯问笔录以及案件的庭审过程中,许霆曾坦言自己意图非法占有多余款额;其次,从许霆作案前后的行为来看,当其得知银行自动柜员机系统出错后,反复170余次支取款额,并且在得取巨额款项后,外出潜逃,并将之挥霍一空。种种迹象表明,许霆从自动柜员机多取款额的行为具有非法占有的主观意图。(2) 许霆在客观上具有秘密窃取公私财物,数额特别巨大的行为。在盗窃罪认定过程中,行为人是否实施秘密窃取的行为至关重要。有人认为,许霆"是利用自己真实的信用卡,在公共场合,并采取合法的手段提取的。他使用了真实的信用卡,ATM机就会记录下他的账号,银行就可以通过他的账号查到他的名字、身份证和住址。这等于他在提取现金时向银行公开了自己的身份。这就不是秘密提取,而是公开提取了。既是公开提取,当然不是盗窃。"③笔者认为,这种观点曲解了盗窃行为的秘密性。所谓盗窃行为的秘密性,是指行为人采用自认为不使财物所有人

---

① 参见刘明祥:《在ATM机恶意取款不应定盗窃罪》,载http://www.criminallaw.com.cn/article/default.asp? id=1547;罗锦祥:《许霆和郭安山利用ATM故障超额取款案的法律分析》,载http://www.sfyj.org/list.asp? unid=4700.

② 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(上),中国方正出版社2007年版,第635—636页。

③ 侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

或保管人发觉的方法占有他人财物。对此,应当从以下三个方面予以把握:一是秘密的主观性,即行为人自认为自己的行为没有被财物所有人或保管人发觉;二是秘密的针对性或相对性,即该行为的秘密性是相对于财物所有人、保管人而言的,至于其他人是否发觉并不影响行为秘密性的成立;三是秘密的始终性,即秘密性必须贯穿于行为人整个行为的始终,一旦发生转变,则犯罪性质也将发生转化。① 具体到许霆案,虽然许霆所持的是用其本人真实身份证设立账户的银行卡,并且在取款之时银行监控系统也记录了其作案的全过程,然而,就行为当时而言,许霆自认为其利用银行自动柜员机的系统故障进行"少输多取"的行为并不为银行所察觉(事实上银行也是在3天之后才有所察觉),从而疯狂地实施170余次支取行为,因而其行为完全符合盗窃行为秘密性的要求。此外,还有人从被害人形态的角度对许霆构成盗窃罪提出质疑。在他看来,盗窃罪中秘密窃取的被害人是被动的、相对静止的、无意识的,通常情况下行为人行窃时被害人并不知晓,往往是事后发觉。而在许霆案中,许霆作案的全过程始终伴有银行自动柜员机的"合作",因而同盗窃罪中被害人的一贯形态不符。② 笔者认为,这种观点未能透过现象看本质。诚然,在许霆作案的全过程中,银行自动柜员机始终给予"合作",因而看似是主动的、有意识的。然而,从该自动柜员机的所有者(即银行)的角度来看,不仅其对许霆的恶意取款行为毫无察觉,而且其所属自动柜员机多给付的行为也显然违背了自己的真实意思。从这个角度来看,银行对许霆的恶意取款行为始终都是被动、相对静止和无意识的。因此,以被害人形态为立论依据的观点也是不能成立的。

(三)许霆的行为不属于盗窃金融机构

许霆的行为构成盗窃罪,但其是否属于《刑法》第264条第1项规定的"盗窃金融机构"呢?对此,一审、一审重审和二审终审判决始终认定许霆的行为属于"盗窃金融机构"。学界也有部分学者支持该观点。如有学者认为,首先,银行自动柜员机作为一种金融工具,虽为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样。其次,刑法规定的"盗窃金融机构"着重对金融机构的资金进行特殊保护,则当自动柜员机内的资金属于银行所有时,就没有理由把盗窃取款机内的资金排除在盗窃金融机构之外。③ 也有学者认为,《刑法》第264条第1项所规定的"盗窃金融机构",显然是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户资金等。而金融机构经营资金的存放地点、存放状态,则不影响对金融机构经营资

---

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(上),中国方正出版社2007年版,第1090—1091页;陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第608—609页。

② 参见张学辉:《是窃,还是骗?三论许霆构成诈骗罪——从被害人形态分析入手》,载http://www.9ask.cn/blog/user/zxhls/archives/2008/38181.html.

③ 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008年4月2日第6版。

金的认定。因此,盗窃自动柜员机内的现金,就当认定为“盗窃金融机构”。该学者还指出,盗窃金融机构,只是法条的省略表述,实指盗窃金融机构的经营资金。① 笔者认为,以上观点值得商榷。

1. 从立法本意来看,许霆的行为不属于“盗窃金融机构”。从盗窃罪的立法沿革来看,1979 年《刑法》并未规定盗窃金融机构,亦未对盗窃罪设置死刑。随着盗窃活动日益猖獗,盗窃数额日趋增大,为了严厉打击盗窃犯罪,1982 年 3 月 8 日全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》提高了盗窃罪的法定刑。该《决定》第 1 条明确规定,犯盗窃罪,“情节特别严重的,处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。”所谓“情节特别严重”,根据最高人民法院、最高人民检察院 1992 年 12 月 11 日联合发布的《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》,是指:“1. 盗窃财物数额特别巨大;2. 盗窃数额接近特别巨大并具有其他特别严重的情节;3. 盗窃数额特别巨大并具有其他特别严重的情节。”而“数额特别巨大”,一般是以 2 到 3 万元为起点。由于盗窃“数额特别巨大”的起点规定较低,导致盗窃罪成为在实践中适用死刑最多的罪名之一。为严格限制死刑的适用,在 1997 年修订刑法时,将盗窃罪死刑的适用限定在“盗窃金融机构,数额特别巨大的”和“盗窃珍贵文物,情节严重的”两种情形。由此可见,《刑法》第 264 条第 1 项规定“盗窃金融机构”的目的是为了严格控制盗窃罪中死刑的适用。如果对“盗窃金融机构”任意进行扩张解释,势必导致盗窃罪死刑适用面的扩大,从而违背立法本意。此外,如果将类似许霆案中的盗窃银行自动柜员机的行为认定为“盗窃金融机构”,而判处无期徒刑乃至死刑,则其与有预谋地侵入银行电子系统大肆盗窃银行资金或破坏性地进入银行内部实施盗窃,如盗窃银行金库等“盗窃金融机构”相比,两者间的罪刑梯度势必难以拉开,有悖罪刑相适应原则。

2. 从司法解释的规定来看,许霆的行为也不属于“盗窃金融机构”。最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“刑法第二百六十四条规定的‘盗窃金融机构’,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户资金等,如储户存款、债券、其他款物、企业结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”有相当一部分学者认为,该规定是认定许霆构成盗窃金融机构的直接法律依据。但笔者认为,即使根据该规定,也很难说许霆的行为属于“盗窃金融机构”。因为从该规定的表述来看,其包括前后两段。前段规定盗窃金融机构是指出盗窃金融机构的资金、有价证券和客户资金等;后段则明确盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为不属于“盗窃金融机构”。可见,该规定并不是对“盗窃金融机构”的完整定义,而仅仅是对“盗窃金融机构”的限定性规定。即在“盗窃金融机构”

① 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

的行为中,只有真正盗窃了“金融机构”的经营资金、有价证券和客户资金等才属于“盗窃金融机构”,而盗窃金融机构中的办公用品、交通工具等财物的行为则不属于“盗窃金融机构”。显然,“盗窃金融机构”并不等同于盗窃属于金融机构的财产。更何况“金融机构”与属于“金融机构的设施”也存在本质的区别。所谓“金融机构”(又称信用机构),是指专门从事货币流通和信用业务活动的机构。按照金融机构创造货币、创造交换媒介和支付手段的能力不同,一般把金融机构分为银行类金融机构和非银行金融机构两大类。① 无论是银行类金融机构还是非银行金融机构,都是指某一个机构即单位,而非隶属于该单位中的某个附属设施。显然,银行所有的自动柜员机仅仅属于“金融机构”的附属设施,既不能等同于“金融机构”本身,亦不能视为是“金融机构”的分支机构。因此,盗窃银行自动柜员机的行为,不能认为就是“盗窃金融机构”。

那么,究竟应当如何界定“盗窃金融机构”呢?笔者认为,对“盗窃金融机构”应从作案手段和物理(或虚拟)空间两方面进行限定。据此,“盗窃金融机构”,是指“破门而入盗窃金融机构的资金或者通过篡改金融机构的系统程序或破坏其设备等进入金融机构内部(包括物理空间和虚拟空间)进行盗窃的情形。”②之所以强调作案手段,是因为“盗窃金融机构”作为盗窃罪的立法加重因素之一,它体现着更为否定的危害性评价和更加强烈的刑法责难;而强调金融机构的物理或虚拟空间意义则主要源自以下两方面的原因:一是社会危害性程度的考虑。作为经营金融业务的专门场所,金融机构具有物理(或虚拟)空间的相对独立性。这种物理(或虚拟)空间的相对独立性突出表现为,任何人未经允许不得擅自侵入其空间。这不仅仅是保护金融资产的需要,而且也是维护金融秩序所必需。以突破金融机构的物理(或虚拟)空间为手段,窃取金融机构的经营资金、储户存款等行为,其社会危害性显然要大于一般的盗窃金融机构的财产。二是社会公众认知的考量。因为在社会公众看来,“金融机构”显然是指诸如银行、证券交易所、保险公司等物理或虚拟实体,而银行自动柜员机充其量也就是金融机构的附属设施或设备。如果舍弃金融机构的物理或虚拟空间意义,则公众难以理解到底什么是“金融机构”。

三、许霆案的量刑

(一)许霆的行为不能适用“酌定减轻”的规定

许霆案的量刑之所以在一审与一审重审、二审终审判决中存在巨大的差异,究其原因,主要是因为法院对其能否适用《刑法》第63条第2款“酌定减轻”的规定有不同的看法。那么,对许霆案能否适用《刑法》第63条第2款“酌定减轻”的规定呢?笔者

---

① 参见强力:《金融法》,法律出版社2004年版,第10页。

② 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载《法制日报》2008年6月1日第12版。

的回答是否定的。

1.《刑法》第63条第2款"酌定减轻"的规定应慎用。《刑法》第63条第2款规定:"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。"该款源于1979年《刑法》第59条关于"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处"的规定。对于该款的规定,有学者解释道:

> 经过十几年的实践经验,这一规定显然过于宽松,以致本不该减轻处罚的被采用酌情减轻程序进行了减轻处罚。这既违背平等原则,也违背罪刑相适应原则,引起人民群众的不满。修订刑法之初,曾有人建议删除这一规定,也有人建议将酌情减轻的权力收归最高人民法院审判委员会。这两种意见都有其合理性,但仍有失偏颇……新刑法吸收上述意见的合理之处,在第63条第2款规定,酌情减轻由最高人民法院核准。这样,既可防止酌情减轻被滥用,又可防止控制过严,从而显示了一定的科学性。①

从刑法典修订过程可以看出,立法者对"酌定减轻"的规定是相当慎重的,其适用必须以案件确有"特殊情况"为前提。至于何谓案件的"特殊情况",刑法典并未明确规定。全国人大常委会法工委曾就"冯洲受贿案"答复最高人民法院:"1997年《刑法》第63条第2款关于因'特殊情况'在法定刑以下判处刑罚的规定,主要是针对涉及国防、外交、民族、宗教等极个别特殊案件的需要,不是对一般刑事案件的规定。"根据该答复,许霆案显然不属于此类"特殊情况"。诚然,在司法实践中,最高人民法院对"程乃伟绑架案"、"徐钦朋非法买卖爆炸物案"和"洪志宁故意伤害案"等虽不涉及政治、外交、民族、宗教等因素的案件也曾核准过适用"酌定减轻"②,但综观这几起案件,均属确有"特殊情况",且行为人的人身危险性与社会危害性不是很大。可见,只有对极个别特殊案件且确有"特殊情况"的,才能慎用"酌定减轻"。

2. 许霆案不符合"酌定减轻"的条件。由于法院认定许霆的行为属于盗窃金融机构,许霆因此至少面临无期徒刑的判决,这在一些人看来是难以接受的。于是,有人强烈呼吁:"长期以来,立而少用的《刑法》第63条,遇到许霆案,应该有所苏醒吧。"③在舆论的强大压力下,法院最终对许霆适用了"酌定减轻"的规定。对此,二审审判长刘锦平接受记者采访时解释道:"许霆虽没有法定减轻处罚情节,但许霆的犯意产生、实

---

① 侯国云、梁志敏、张起淮:《论新刑法的进步与失误——评修订后的〈中华人民共和国刑法〉》,载胡驰、于志刚主编:《刑法问题与争鸣》(第1辑),中国方正出版社1999年版,第156页。

② 参见张永红、孙涛:《酌定减轻处罚刍议》,载《国家检察官学院学报》2007年第5期,第100页。

③ 谈佳隆:《刑法63条或为许霆案重审解困》,载《中国经济周刊》2008年第8期,第40页。

施的犯罪手段、犯罪对象等均极为特殊，具体体现在：第一，许霆取款的柜员机出了故障，已非正常的'金融机构'，而且，该柜员机的故障助使许霆完成了盗窃行为；第二，其采取的犯罪手段与采取破坏柜员机或进入金融机构营业场所内部盗窃等手段相比，其社会危害性要小；第三，许霆的犯罪极具偶然性，许霆并无犯罪预谋，是在柜员机出现故障这样极为罕见和特殊的情形下诱发的犯罪，类似情况难以复制和模仿，对许霆科以适度的刑罚就能够达到刑罚的预防目的。考虑到上述特殊情况，即使按普通盗窃罪，以数额特别巨大判处10年的起点刑仍属处罚过重。因此依照《刑法》第63条的规定，鉴于许霆有可以在法定刑以下量刑的特殊情况，可以在法定刑以下判处刑罚。故原判决对其在法定刑以下判处有期徒刑5年适当，本院予以维持。"[①]笔者认为，上述理由并不足以成为适用《刑法》第63条第2款"酌定减轻"规定的依据。因为：(1) 许霆取款的柜员机出了故障即被害人有过错确实可以影响量刑，但在通常情况下，这仅属于酌定量刑情节，只能在法定刑幅度内适当从轻。如果将自动柜员机故障这类被害人过错看成是助使完成犯罪的因素，而将其一概上升为"酌定减轻"的依据，显然人为地夸大了被害人过错对量刑的作用。(2) 许霆所采取的犯罪手段虽然与采取破坏柜员机或进入金融机构营业场所内部盗窃等手段相比，其社会危害性要小，但其反复恶意取款170余次，数额达17.5万余元，且案发后携款潜逃并将之挥霍一空，足见其主观恶性之深，社会危害性之大。(3) 尽管许霆第一次取款时并无预谋，但其发现自动柜员机出现故障后，反复多次乘机盗窃巨额款项，则很难说其仍无预谋。至于说本案具有偶然性，类似情况难以复制和模仿，笔者认为，在现代人工智能技术广泛应用而系统故障频发的今天，本案的发生实有其必然性，类似情况恐非罕见且难以避免。[②] 因此，如果对许霆适用"酌定减轻"的规定，将无助于预防此类犯罪的发生。总之，无论从许霆的犯意产生、实施的犯罪手段还是犯罪对象等方面来看，均非"极为特殊"，对其不能适用"酌定减轻"的规定。

（二）被害人过错对许霆案量刑的影响

如前所述，许霆的行为虽然不属于盗窃金融机构，但其盗窃数额特别巨大，根据《刑法》第264条的规定，对其仍应依法判处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。那么，在此量刑幅度内，对许霆究竟应如何量刑呢？笔者认为，对许霆的量刑应充分考虑被害人过错等因素的影响。

1. 被害人过错是影响被告人刑事责任的重要因素。被害人过错对刑事责任的影响问题是伴随着互动式关系犯罪学的产生而提出的新命题。按照互动式关系犯罪学的观点，犯罪人同被害人之间是一种动态、相互影响、彼此作用的关系。被害人不仅是

---

① 邓新建：《恶意取款行为符合秘密窃取特征》，载《法制日报》2008年5月23日第8版。

② 据报道，2007年1月，在浙江宁波也有类似的案件发生。一对兄弟利用ATM机出错，将4.49元转成225万元。参见 http://www.zjol.com.cn/05news_index/system/2008/04/16/009422529.shtml.

犯罪行为的承受者和被害者,在某些情形下,他可能是招致自身被害的积极主体,相应的,犯罪行为也并不完全是犯罪人单方面决定的,在某些情形下,犯罪行为也深受被害人行为的影响与制约。① 基于对被害人在犯罪实现过程中的作用的认识,有关被害人过错的责任分担问题逐渐引起了人们的重视。在学界,对该问题存在被害人过错导致被害人应承担责任与被害人过错导致犯罪人应受谴责性的降低之争,但多数学者主张后者。对此,英国学者马丁·瓦希克解释道:“被害人在罪行发生之前的行为,不论其是否受到谴责,只要该行为推动了犯罪人的暴力反应,那么犯罪人的应受谴责性就会得到适当地降低(幅度有时大,有时小)。尽管存在着对公民面对挑衅应该保持正常自我克制的强烈的期待,但是一旦人们面对这类行为而失去自我控制时,在不同程度上,这又是可以理解的。”②因此,各国多将被害人过错作为一种法定的或酌定的从轻事由。如1942年1月1日起施行、1996年修订的《瑞士联邦刑法典》第64条规定:“(从轻处罚,从轻的情况)行为人因下列各项原因之一而行为的,法官对其从轻处罚……行为人因被害人行为的诱惑;非法刺激或侮辱造成行为人愤怒和痛苦。”③在我国,尽管刑法典并未明确规定被害人过错对刑事责任的影响,但在一些具体的规定和司法实践中仍然有所体现。归结起来,被害人过错对被告人刑事责任的影响主要体现在两个方面:(1)对定罪的影响。如在正当防卫的场合,被害人过错是防卫行为正当化的前提;在轻微刑事案件中,被害人过错是侵害行为非犯罪化的根据;在交通肇事罪中被害人对肇事负主要责任的,排除行为人的刑事责任等。(2)对量刑的影响。如基于义愤杀人可从轻处罚等。

2. 被害人过错在许霆案量刑中的具体运用。在许霆案中,银行自动柜员机系统出现错误即被害人有过错确是许霆实施盗窃行为的诱因之一。但是,这种诱因对许霆案的量刑究竟有多大影响呢?在我国,刑法学界对被害人过错对量刑的影响问题研究尚不够深入,而在犯罪学界则已引起相当关注。在互动式关系犯罪学看来,犯罪通常是由被害人与加害人共同导致的,且被害人过错是加害行为的直接诱因,故在刑罚裁量过程中对此应充分加以考虑。有学者主张,当危害结果特定时,被害人过错的大小应同加害人刑事责任的大小形成反比例关系。这种反比例关系可按照被害人过错在互动式四级原因性作用大小做如下分层:第一层级,即被害人的迫发行为对应加害人刑事责任的不成立或免除;第二层级,即被害人的引发行为对应加害人刑事责任的不成立、免除或微小;第三层级,即被害人的激发行为对应加害人刑事责任的大幅减轻,甚

① 参见白建军:《关系犯罪学》,中国人民大学出版社2005年版,第244—247页。

② Matin Wasik, Crime Seriousness and the Offender-victim Relationship in Sentencing, in Andrew Ashworth and Martin wasik(ed.),*Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford:Clarendon Press,1998.

③ 《瑞士联邦刑法典》(1996年修订),徐久生译,中国法制出版社1999年版,第25页。

至免除;第四层级,即被害人的触发行为对应加害人刑事责任的较小减轻。[①] 对此,笔者表示赞同。运用此原理来具体分析许霆案,许霆在取款过程中,无意中发现银行自动柜员机系统出现错误,遂起贪念,反复多次恶意取款。在本案中,被害人错误即银行自动柜员机的系统错误对许霆的恶意取款行为既不存在第一层级的"迫发"作用,也不存在第二层级和第三层级的"引发"或"激发"作用,即银行自动柜员机的系统错误并不可能对许霆本身构成任何"伤害"或威胁,不足以成为"迫发"、"引发"或"激发"许霆实施犯罪的因素。作为一种犯罪诱因,银行自动柜员机的系统错误充其量仅对许霆的恶意取款行为起到一定的"触发"作用,即面对如此轻而易举便可"发财"的机会,许霆难免经不起诱惑,遂起贪念。可见,银行自动柜员机的系统错误即被害人过错对许霆的恶意取款行为只具有较小的原因性作用,因此,对许霆的量刑只能依法酌情从轻处罚。

综上,笔者认为,在"10 年以上有期徒刑或者无期徒刑"的量刑幅度内,考虑到被害人过错等因素的影响,对许霆宜判处 10 年有期徒刑。

---

① 参见高维俭:《刑事三元结构论——刑事哲学方法论初探》,北京大学出版社 2006 年版,第 115—120 页。

许霆恶意取款案的定罪量刑模式视角解读

汪明亮*

一、引言

模式，原本指某种事物的标准形式或使人可以照着做的标准样式。笔者把定罪量刑过程及其表现出来的样式称为定罪量刑模式。① 定罪量刑模式关注的是影响法官定罪量刑的各种因素，以及这些因素对定罪量刑活动产生影响的过程。定罪量刑模式可以分为两类：定罪量刑法理学模式和定罪量刑社会学模式。本文对许霆恶意取款案的分析便是建立在定罪量刑法理学模式与定罪量刑社会学模式的分类基础之上。

虽然最高人民法院的核准为许霆恶意取款案画上了句号，但是一审法院广州中院对许霆恶意取款案所作出的两次截然不同的量刑结果却依然是舆论关注的热点。从一审无期徒刑到再审 5 年有期徒刑，对同一犯罪事实案件，同一法院，两次判决结果差距竟如此之大。再审改判，“是司法还是民意胜利？”“是必然还是偶然？”法院两次判决是否违反了刑事法规定？究竟是什么原因导致了如此不同的量刑结果？对此，民众反应强烈，仁者见仁，智者见智。

笔者认为，定罪量刑模式理论能够比较合理地解释广州中院的两次判决结果上的差异。笔者的结论是：广州中院所作两次判决都没有违反刑事法规定，之所以出现截然不同判决结果，完全是由于许霆恶意取款案在不同诉讼阶段的社会结构造成的。也就是说，定罪量刑法理学模式并不能说明法院两次判决上的差异，只有通过定罪量刑社会学模式分析才能解释法院两次所作不同判决的原因。广州中院所作两次判决虽然没有违反刑事法规定，但造成了定罪量刑的严重不统一，有损定罪量刑公正。许霆恶意取款案的定罪量刑模式理论分析表明：只有避免定罪量刑社会学模式发生作用，也即避免案件社会结构因素对定罪量刑活动产生影响，才能消除定罪量刑不统一现象，从而实现定罪量刑公正。

---

* 复旦大学法学院副教授、法学博士。

① 定罪量刑模式理论系笔者提出。具体内容参见汪明亮：《定罪量刑社会学模式》，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 6—7 页。

二、定罪量刑法理学模式和定罪量刑社会学模式

定罪量刑模式可以分为定罪量刑法理学模式和定罪量刑社会学模式两类。定罪量刑模式理论(特别是定罪量刑社会学模式理论)的提出有着重要意义:不仅揭示了影响法官定罪量刑的因素,还论证了这些因素在定罪量刑过程中所起的作用,以及各因素间的作用机制,这就不仅使我们可以用多元的、动态的眼光看待定罪量刑问题,加深定罪量刑的理论研究,而且还可以使我们更好地把握定罪量刑实质,从而理性地看待定罪量刑不公现象和寻求可行的避免该现象发生的对策。①

(一)定罪量刑法理学模式

定罪量刑法理学模式,是指依照刑法条文规定,对已有的事实作出判定,并据此作出定罪量刑结果的过程及其表现出来的样式。定罪量刑法理学模式以刑法的明文规定为定罪量刑根据,遵循罪刑法定、罪刑平等、罪刑均衡等现代法治原则。定罪量刑法理学模式与现代法治的基本要求相吻合,是实现刑事法治的理想模式。

定罪量刑法理学模式主要特征是:第一,定罪量刑法理学模式建立在"法律本质即规则"②的基本假设之上,定罪量刑必须以刑法规定为标准。第二,定罪量刑法理学模式视刑法为从一个案件到另一个案件是不变的,相同的案件事实会有相同的定罪量刑结论。第三,定罪量刑法理学模式视定罪量刑规则为逻辑过程。对每一案件的定罪量刑都是对刑法条文的运用,而且是逻辑决定结果。第四,定罪量刑法理学模式强调同行为同定性、同罪同罚,将定罪量刑中的差别待遇(定罪量刑不公)视为异常现象。

依据定罪量刑法理学模式,既然刑法为定罪量刑设定了法定规则,理论上说,如果严格依照该规则定罪量刑,是可以实现定罪量刑公正的。可从实践角度看,法院(法官)并不是完全按定罪量刑法理学模式去定罪量刑,刑法上性质相同的案件,或者同一案件在不同诉讼阶段,定罪量刑结果往往表现出差异性。如在我国司法实践中,对性质相同的婚内强奸行为,有的法院定性为无罪,有些定性为强奸罪③,还有些定性为虐待罪、故意伤害罪等。又如,在美国,以性质相同的谋杀罪为例,有些人被判处死刑,而另一些人则可能被判缓刑释放,一些被判短期监禁,一些被判5年、10年、20年或终身监禁。④

在刑法上没有差别的同类案件,为何不能得到相同定罪量刑结果?对此,定罪量

---

① 参见汪明亮:《定罪量刑社会学模式》,中国人民公安大学出版社2007年版,第8页。

② 参见H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford:Clarendon Press,1961.

③ 在我国司法实践中,把婚内强奸行为定性为强奸罪的个案并不多见,典型案件主要有:1989年8月,河南信阳县人民法院以强奸罪判处被告人靖志平(丈夫)有期徒刑6年;1999年12月,上海青浦区人民法院以强奸罪判处被告人王卫民(丈夫)有期徒刑3年,缓刑3年;2000年6月,安徽凤阳县人民法院以强奸罪判处李本武(丈夫)有期徒刑3年。

④ 参见Donald Black, *Sociological Justice*, New York:Oxford University Press,1989,p.6.

刑法理学模式不足以解释。其实,除了刑法的技术性特征——定罪量刑规则具体运用于实际刑事案件定罪量刑过程之外,每一刑事案件还有其社会特征,如对立的双方当事人、一方或双方的支持者与干预者、定罪量刑的法官等。这些人的社会性质构成了刑事案件的社会结构。可以说,每一刑事案件都是社会地位和关系的复杂结构,这一结构对于理解在刑法技术特征上相同的刑事案件的定罪量刑结果的差异是关键的。案件的社会结构因素影响着刑事案件的定罪量刑过程,这就是定罪量刑社会学模式。

(二)定罪量刑社会学模式

定罪量刑社会学模式,是指刑法条文规定之外的案件社会结构因素对定罪量刑结果产生影响的过程及其表现出来的样式。定罪量刑社会学模式认为,现行刑事立法赋予法官享有一定的定罪量刑自由裁量权,该自由裁量权受诸多案件社会结构因素影响。由于同性质的具体案件社会结构不同或同一案件在不同诉讼阶段的社会结构不同,法官自由裁量权受其影响程度也不同,定罪量刑不公正现象由此而生。实现定罪量刑公正的关键在于避免定罪量刑社会学模式发生作用。

定罪量刑社会学模式对定罪量刑过程的分析得益于案件社会学理论的建立。案件社会学是法社会学的一个分支,其以具体的法律案件为分析对象。案件社会学的理论渊源可以追溯到法律写实主义运动,该运动是在19世纪末由美国律师发起的,持续了几十年之久。法律写实主义的核心观点是:法律的原则、规则和原理,本身并不足以预示和解释案件是如何判决的。法官和陪审团通常是根据他们的个人信念和情感来断案的,只是在实际上已经这样断案之后才到书面的法律中寻找合法的理由。案件社会学创造了一种新的法律模式,它完全不同于那种把法律描绘为法律条文的逻辑运用决定案件处理结果的法学模式。

现代刑法学定罪量刑理论强调必须严格依照刑法定罪量刑,即定罪量刑法理学模式,该模式忽略了案件各方的社会特征。从定罪量刑法理学模式角度看,在刑事案件中,谁偷谁,谁杀谁与定罪量刑是不相干的。从被告人与被害人之间关系看,谁贫穷,谁富贵;谁是白人,谁是黑人等,都是与定罪量刑无关的。而在定罪量刑社会学模式中,这些问题则是核心问题。定罪量刑社会学模式主要阐明的是案件社会结构是如何预测和解释定罪量刑结果的。例如,我们已经知道案件被害方、被告方的社会地位,他们之间的亲密程度以及一方或双方的支持者及干预者等,这些因素决定并解释了定罪量刑的过程是如何实施的,被告人究竟是被判处有罪还是无罪、此罪还是彼罪,重刑还是轻刑等问题。

所以,以案件社会结构为考察视角的定罪量刑社会学模式具有如下特征:第一,定罪量刑社会学模式关注的焦点是案件的社会结构,即谁是案件的参与者。第二,定罪量刑社会学模式认为定罪量刑过程是人们的行动,而不仅仅是法律的逻辑运用。如故意杀人罪的刑罚裁量,并不完全在于刑法规则的逻辑运用,而更取决于谁杀了谁等案

件社会结构因素。第三,定罪量刑社会学模式认为定罪量刑规则是可变的,它随着案件各方社会特征的不同而存在差异。

案件社会结构不同是导致定罪量刑不公的根本原因。从定罪量刑社会学模式角度考察,案件社会结构因素主要包括:被害方与被告方的社会结构,支持者与干预者的社会结构及法官的社会结构等。刑法上性质相同案件或同一案件在不同诉讼阶段的案件社会结构因素之间存在差异,该异质性社会结构影响了定罪量刑结果,这就是定罪量刑社会学模式的核心内容。

定罪量刑社会学模式形成机制表现在四个方面:第一,法官定罪量刑自由裁量权的存在是定罪量刑社会学模式形成的前提。定罪量刑自由裁量权不可避免地导致案件社会结构因素对定罪量刑活动产生影响。第二,异质性案件社会结构因素影响了法官定罪量刑自由裁量权是定罪量刑社会学模式形成的关键。异质性案件社会结构因素主要包括①:(1) 被害方、被告方。被害方与被告方是影响法官定罪量刑自由裁量权的最基本的案件社会结构因素,它们的影响主要体现在两个方面:一是被害方与被告方的社会地位。二是被害方与被告方之间的关系距离。(2) 支持者、干预者。支持者与干预者包括律师、公开其偏向立场的旁观者、证人等。与被害方、被告方的社会特征一样,支持者与干预者的社会特征具有同样的影响模式。(3) 法官。除了被告方、被害方、支持者、干预者会影响法官定罪量刑自由裁量权外,法官本身的社会特征也会影响着定罪量刑自由裁量权的行使。第三,异质性社会结构被法官感知。异质性案件社会结构只有被法官感知,才能影响法官自由裁量权,定罪量刑社会学模式才会发生作用。因此,异质性案件社会结构因素被法官感知是定罪量刑社会学模式形成的具体途径。第四,多种因素决定着法官受异质性社会结构影响程度。法官感知了案件异质性社会结构因素之后,决定其自由裁量权受社会结构影响程度的因素是多方面的。从微观上看,每个法官都存在个体差异(这里的个体差异又可以分两类:一是指生命意义上的个体法官之间的差异,二是指国家意义上的法官之间的差异),其自由裁量权受个体差异的影响;从宏观上说,影响法官个体差异的因素主要有法官情感、文化等多方面因素。其中,法官情感主要反映的是生命意义上的个体法官之间的差异;而文化等则主要反映的是国家意义上的法官之间的差异。②

三、许霆恶意取款案定罪量刑法理学模式解读

根据定罪量刑法理学模式,只要是以刑事法规定为依据进行的定罪量刑判决,都符合定罪量刑法理学模式要求,都不会违反罪刑法定原则。笔者认为,就许霆恶意取

① 参见汪明亮:《定罪量刑社会学模式》,中国人民公安大学出版社2007年版,第29—37页。

② 同上注,第四、第五、第六章。

款案而言,广州中院所作的两次判决都能够找到刑事法规定依据,因而都是符合定罪量刑法理学模式要求的。在此意义上说,广州中院两次判决所反映的定罪量刑法理学模式是一致的。笔者从定罪和量刑两个方面予以展开分析:

(一)根据刑法规定,许霆恶意取款行为已经构成盗窃罪

《刑法》第264条规定,盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,构成盗窃罪。虽然关于许霆恶意取款行为的定性,理论上还存在不同观点,但大多数刑法学者都认为许霆恶意取款行为已经构成盗窃罪。[①] 正如广州中院主审法官甘正培博士所解释的,我国刑法坚持主客观相一致的定罪原则,盗窃罪中的"秘密窃取",是指行为人采取主观上自认为不被财物所有者、保管者或经手者发觉的方法,暗中窃取财物的行为。至于行为人是否实际上已被当场发觉、是否事后马上被发觉、是否因行为人在窃取财物时留下身份识别标志而事后被发觉等,均不影响"秘密窃取"的成立。许霆利用银行自动柜员机程序升级出错之机,多次恶意取款,就是自认为银行工作人员不会当场发觉。许霆在庭审时也供述称,明知其银行卡内仅有170余元,在第一次取款和查询后已意识到自动柜员机出现了异常,仍然连续170次取款174 000元,并认为"银行应该不知道"、"机器知道,人不知道",这都证实了许霆实施取款行为时主观上自认为银行人员不能及时发现,符合"秘密窃取"的客观特征。[②]

赵秉志教授也认为,在我国当前刑事法学的语境下,许霆的行为构成盗窃罪,主要理由是[③]:从实质上看,其行为具有严重的社会危害性,达到了犯罪的程度。首先,许霆在意识到ATM机出现故障后,在贪欲的刺激下,仍一而再、再而三地操作170余次,累计取款17万余元。在取款后,又携款潜逃一年多,足以证明其有相当程度的主观恶性。其次,许霆行为造成的客观危害严重。许霆恶意取款达17万余元,数额不可谓不巨大,而且事后都被其挥霍一空,严重侵犯了银行的合法财产权益和资金安全。从法律上衡量,许霆恶意取款的行为完全具备了刑法规定的盗窃罪的全部构成要件。首先,从主观方面来说,许霆具有非法占有的目的。许霆第一次欲取款100元时ATM机吐出1 000元,账户上只扣款1元,对于超出的999元,应该说是出乎其意料的,因其事先并不知道ATM机出了故障,许霆只是被动而意外地获得ATM机吐出的超额款项,故他不存在非法占有的目的的思想基础,他所得的超额款项属于民法上的不当得利。从最有利于被告人之合理性上考虑,我们也许还可以再宽容地认为,许霆在意识到ATM机存在故障进而第二次取款时是出于"再次试试"的心理,并不具有明确的非法占有的

① 参见付立庆:《"利用ATM故障恶意取款案"法律性质辨析》,载《法学》2008年第2期。

② 《广州中院释疑许霆被判5年:其行为属于秘密窃取》,载 http://news.sohu.com/20080331/n256021040.shtml/2008年4月2日。

③ 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载 http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?pkID=16978/2008年6月8日。

目的。然而，许霆在其已经完全意识到ATM机出了故障，且在取款时自己账户余额不足无权再次取款的情况下，仍一而再、再而三地反复操作170余次，累计取款达17万余元，其主观恶性暴露无遗。应当说，此时许霆的主观心态已发生了转化，由意外受益的心理转变为非法占有的意图，由被动地获得超额款项转变成为积极主动地侵犯银行的财产。通过反复操作恶意取款，许霆非法占有银行财产的主观意图已经明显地表征出来了。其次，从客观方面来看，许霆实施了秘密窃取银行钱款的行为，且数额特别巨大。其一，许霆的行为符合盗窃罪中“秘密”窃取的特征。虽然许霆是利用真实的信用卡和输入自己的账户资料取款，银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份（身份的公开），可事实是许霆实施恶意取款行为时银行并不知晓情况，其身份的公开并不能否定其行为的秘密性，不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性。退一步讲，即使银行当时知晓情况，但只要许霆行为时自认为银行并不知晓，也已足够。其二，许霆实施了“窃取”银行钱款的行为。许霆的行为方式虽相对于一般的盗窃手段和犯罪方法有较为明显的不同，但这只是形式的差异，并无本质的区别。从许霆行为的整体性质来看，其完全符合盗窃罪中窃取的本质特征，应认为属于违背银行意志、侵犯其财产所有权和资金安全的一种特殊形式的“窃取”。其三，许霆窃取的钱款数额特别巨大。许霆利用ATM机故障恶意取款17万余元，已达到了司法解释规定的“数额特别巨大”的标准，完全符合盗窃罪在客观方面的此一要件。

（二）根据刑法规定，对许霆可以选择多种量刑结果

1. 量刑情节认定，属于“盗窃金融机构，数额特别巨大”的情节

《刑法》第264条规定：对于盗窃罪，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；（二）盗窃珍贵文物，情节严重的。根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条的规定，《刑法》第264条第1项规定的盗窃金融机构，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。

自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备，机内储存的资金是金融机构的经营资金，因此，许霆盗窃柜员机内资金的行为依法当然属于“盗窃金融机构”。

根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第3款规定，个人盗窃公私财物价值人民币三万元至十万元以上的，为“数额特别巨大”。许霆利用自动柜员机故障恶意取款17万余元，已达到了“数额特别巨大”的标准。

2. 量刑结果,法院有三种选择

《刑法》第264条规定:盗窃金融机构,数额特别巨大的;处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。《刑法》第63条规定:犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。

可见,法院对许霆有三种量刑选择:一是选择适用无期徒刑,并处没收财产;二是选择适用死刑,并处没收财产;三是选择在法定刑以下判处刑罚。法院最终选择哪一种量刑结果,关键在于对该案犯罪量刑情节的认定,由于许霆恶意取款案不存在法定量刑情节,因此,法院只能按酌定量刑情节来选择量刑结果。

于是,从定罪量刑法理学模式分析,对许霆选择何种量刑结果取决于法院对酌定量刑情节的自由裁量。由于酌定量刑情节,是由法院从审判经验中总结出来的,在量刑时酌情考虑的情节,其并不能给法院一个强行的指令或认定标准,这就需要法官去具体问题具体分析了。法官怎样具体问题具体分析呢?这正是定罪量刑社会学模式所涉及的问题。

据此,按定罪量刑法理学模式,广州中院一审判处许霆构成盗窃罪,处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;再审判处许霆构成盗窃罪,处有期徒刑5年,并处2万元罚金,都是行得通的,法院的两次判决结果都没有违反刑事法的规定,都是符合罪刑法定原则的。广州中院两次判决结果差距何以如此之大,则需要通过定罪量刑社会学模式分析才能找到答案。

四、许霆恶意取款案定罪量刑社会学模式解读

按前文所述,只能从定罪量刑社会学模式的分析中寻找广州中院两次判决结果的差距原因。定罪量刑社会学模式强调的是异质性案件社会结构因素对法官定罪量刑自由裁量权的影响。就许霆恶意取款案而言,一审和再审阶段的案件社会结构因素影响了广州中院的判决结果。由于许霆恶意取款案的被害方、被告方,以及法官等社会结构因素在两次判决过程中都是确定的,因此,影响广州中院两次判决结果的异质性案件社会结构因素主要在于不同诉讼阶段的案件支持者、干预者方面。

依据定罪量刑社会学模式理论,支持者与干预者包括律师、公开其偏向立场的旁观者、证人等。一是律师。与被害方、被告方一样,一个律师的社会地位有高低之分。一些律师比另一些富有,学历更高,社会关系协调能力更强,与官方关系密切,更值得尊重等。这些特征与当事人(被害方或被告方,主要是被告人)的特征一起发生作用,从而影响定罪量刑结果。一般说,律师的社会地位越高,其当事人获得的利益越多。虽然律师不能消除与社会地位优越者对抗的全部不利因素,但通过提升地位较低一方的社会地位,律师使得司法机构对案件的处理趋于均质化和公正化。换言之,如果被

害方社会地位低而其代理律师地位高，则可能会使被告人受到应有的定罪量刑处罚，被害人从而得到抚慰；反之，如果被告方社会地位低而其辩护律师地位高，被告人则可能受到较轻的定罪量刑处罚。二是公开其偏向立场的旁观者。包括民愤者或民怜者、法学专家、官员及媒体等。民愤者或民怜者，主要是指对某一刑事案件被告人持强烈痛恨或怜悯情感的民众，其往往以群体的力量出现。一般来说，对具体个案而言，如果民愤者或民怜者群体达到一定规模，形成一股强大的社会舆论力量时，法院往往不得不屈从于民愤者或民怜者的声势，迎合他们的要求作出相应定罪量刑判决结果。法学专家，以其独特的专业背景和社会地位，其对案件所作出的评论往往对定罪量刑结果产生重要影响。一般来说，法学专家在该领域越有名气，越受刑事法官尊敬，其所做评论就越有可能被法院采纳。官员，特别是在司法不完全独立国家，其对某刑事案件发表的看法可以直接影响定罪量刑结果。媒体对定罪量刑结果的影响主要体现在它对某一具体刑事案件的倾向性报道方面。媒体除了对判决尚未生效的具体个案发表自身的倾向性评论外，更多的则是把民愤者、民怜者、法学专家及官员对案件的定罪量刑意见进行大肆报道。一般来说，新闻媒体级别越高、影响范围越广，其对定罪量刑结果的影响也就越大。① 媒体既是一个典型的案件社会结构因素，同时也是法官感知异质性社会结构因素的途径。三是证人。证人对定罪量刑结果的影响主要取决于证人的言语表达方式，而言语方式往往与社会地位有关，因此，如果人们以一种社会地位高的人的方式作证，可以提高他们在法庭上的可信度。② 总之，在被害方、被告方的社会地位结构、社会关系距离相对确定情况下，支持者与干预者的社会结构影响着案件的定罪量刑结果。

就许霆恶意取款案而言，由于一审、再审诉讼阶段支持者、干预者中的律师和证人是一致的，因此，最终影响法院定罪量刑结果的案件社会结构因素仅剩下公开其偏向立场的旁观者，包括民愤者或民怜者、法学专家、官员及媒体等。正是由于这些因素在不同诉讼阶段呈现出迥然不同的特征，进而影响了法院的定罪量刑自由裁量权，最终影响了法院定罪量刑结果。

就广州中院一审判决而言，民愤者或民怜者、法学专家、官员及媒体这些因素基本上不存在，因而法院受到的案件社会结构因素影响较小，因此，2007 年 11 月 20 日，广州市中院在“平静”中作出了一审判决：判处许霆无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

然而，当广州中院第一次判决结果宣布以后，案件社会结构因素发生了戏剧性变

---

① 关于媒体对定罪量刑活动的具体作用机制，参见汪明亮：《媒体对定罪量刑活动可能带来负面影响的作用机制》，载《现代法学》2006 年第 6 期，第 172—178 页。

② 参见 William M. O'Barr, *Linguistic Evidence: Language, Power, and Strategy in the Courtroom*, New York: Academic Press, 1982.

化,民怜者、法学专家、官员及媒体这些因素纷纷“闪亮登场”,这些大都是被告人许霆的“利好”因素,这些因素最终影响了法院的定罪量刑自由裁量权,迫使广州中院在2008年3月31日作出有利于许霆的再审判决:许霆被以盗窃罪判处5年徒刑,并处2万元罚金。结合相关媒体报道,影响再审的案件社会结构因素主要以下几个方面①:

(一)民怜者

所谓民怜,是与民愤相对立的一种情绪表现,是指公众基于犯罪行为而引发的一种非常激动与同情的情绪表现,是一种对来自犯罪的刺激表示对犯罪行为人的同情、怜悯的情绪。② 在司法实践中,民愤往往成为对犯罪行为人不利的定罪量刑因素,而民怜则往往成为对犯罪行为人有利的定罪量刑因素。广州中院一审判决结果宣布以后,形成了强大的民怜舆论,特别是相关报道在网上登载后,先后被95个网站转载。网友们阅读报道后,90%都认为“量刑过重”。以网友发表评论为例:“从ATM机中多取17.5万就判无期,实在‘太夸张’。”“请问法官大人:您的孩子在商店中买东西,如果营业员数错了钱,反告您孩子盗窃,您服气吗?按民间惯例,银行应请求小许还钱,并留下一半手续费。”“值得我们反思的是,作为一种民事法律关系,银行为什么可以动用警力,动用公共权力,来快速追回损失甚至还要追究当事人的刑事责任?并通过这种公权,来保护他们的过错。似乎他们在这个事件中没有一点责任?”“太重了,恶意取款是不对,但错先在银行,银行系统有缺陷,为什么要用?他们应该先解决好自己的问题,再追究别人的责任。”“应当判银行失职,机器出问题,银行担责任,而且还使一个好好的公民一下子出现贪婪的想法,机器起了教唆作用。”

(二)法学专家

广州中院一审判决结果宣布以后,一些法学专家也纷纷发表评论,且以看“重”为多(大多认为法院量刑太重)。例如,北京大学法学院教授贺卫方认为,“在这个案件中,许霆的罪过程度并不是特别严重,我不赞成无期徒刑。无期对一个24岁的孩子意味着什么?法律界应该有人道主义的关怀,而不是一味地追求某种程度的报复。”清华大学教授许章润认为,“无论作为一个法学专家还是一个普通公民,对此案只有一个强烈感受——‘法律太严苛了’。一个侵占财产的行为以付出终身自由为代价,这是一个绝大的讽刺。”北京大学民商法教授张谷认为,“该案从定罪上没有异议,但在量刑上让大家接受不了。”

(三)官员

广州中院一审判决结果宣布以后,一些官员也对此表现出极大兴趣,纷纷发表看法,大多也认为法院量刑太重。例如,广东省委常委、常务副省长、省人大代表黄龙云

---

① 以下材料来源于新浪新闻网,载http://news.sina.com.cn/z/eyqkpwq/2008年4月7日。

② 汪明亮:《媒体对定罪量刑活动可能带来负面影响的作用机制》,载《现代法学》2006年第6期,第175页。

认为，“广东处于改革开放的前沿，将会有大量类似许霆案的新型案件发生，希望两院对弱势群体的审判要慎重。”广东省人大代表朱列玉认为，“该案定为盗窃和诈骗都是不妥的，应该定性为不当得利，不构成犯罪，只需返还非法所得就行了。”最高人民法院副院长、全国人大代表姜兴长认为，“‘广州许霆案’属于恶性取款，定罪判刑是应该的，但这是一个特殊的盗窃案件，判处盗窃金融机构罪显然不合适，应该综合考虑法律效果和社会效果。”姜兴长表示，“比较赞成《刑法》第63条第2款规定，即在法定刑以下判处刑罚的案件，但必须经最高人民法院的核准。”

（四）媒体

媒体在广州中院一审判决结果宣布后，对许霆恶意取款案表现出极大的“兴趣”，各方面报道可谓是“铺天盖地”。各类媒体除了对法院判决结果发表自身的倾向性评论外，更多的则是把民怜者、法学专家及官员对该案件的定罪量刑意见进行大肆报道。无论是倾向性评论，还是把民怜者、法学专家及官员对该案件的定罪量刑意见进行大肆报道，媒体几近发出一致声音：法院量刑畸重。

在媒体的强烈参与下，广州中院一审判决结果宣布后，舆论几乎往许霆一边倒，广州中院承担着巨大压力，最终不得不考虑已经形成的、再审时的、有利于许霆的案件社会结构因素，在刑事法许可的框架内作出了有利于许霆的判决。

五、如何实现定罪量刑公正：许霆恶意取款案留下的思考

可以用下表对前文分析进行归纳：

	定罪量刑法理学模式	定罪量刑社会学模式学
一审	适用的是《刑法》第264条；最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条	民怜者、法学专家、官员及媒体等案件社会结构因素没有对定罪量刑活动产生影响
再审	适用的是《刑法》第264条；最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条；《刑法》第63条	民怜者、法学专家、官员及媒体等案件社会结构因素对定罪量刑活动产生重大影响
意义	广州中院的两次判决都符合刑事法规定，没有违反罪刑法定原则	两次判决结果上的差异源于不同诉讼阶段的案件社会结构因素的影响

通过许霆恶意取款案的定罪量刑法理学和社会学模式的分析，我们可以发现，广州中院的两次判决结果并没有违反刑事法律规定，符合罪刑法定要求，许霆之“重判”与“轻罚”，是他处于不同诉讼阶段案件社会结构中的产物。

假如一审判决后案件没有被媒体曝光，民怜不是那么强烈，法学专家不发表看法，官员不屑谈高见，再审时法院会如此从轻改判吗？许霆案的判决受制于不同诉讼阶段

的案件社会结构。①

从案件不同阶段的社会结构来预见和解释定罪量刑结果是如何被法官裁量的,看起来是很糟糕的,因为它严重违反了定罪量刑法律规则,是一种法律上的歧视,是对法治的破坏,有损定罪量刑公正。正如赵秉志教授所认为的那样②:许霆案中法官在运用现有刑法制度灵活纠偏时没有把握好合理的度,直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑,是极不严肃的。如此一来,势必会加剧民众对法律和司法的不信任……如果裁量刑罚,并非依据法律和具体案情以及司法规律,而仅仅受舆论关注度的大小左右,那么不论许霆案的改判是否实现了实质正义,都难称是司法甚至是法律的胜利,这对于法治社会的建设显然是无益的。

然而像其他事物一样,定罪量刑结果也会根据诉讼环境的变化而变化。刑事案件的定罪量刑结果在某种意义上取决于它在不同诉讼阶段的社会意义。在法官享有较大自由裁量权的背景下,指望不同诉讼阶段的法院对刑事案件社会结构事实视而不见是不现实的。刑法通过可预测的模式反映社会环境。但是,通过改变这些环境我们可以改变定罪量刑行为。怎样才能达到这一目的?怎样才能在不同诉讼阶段的定罪量刑过程中减少定罪量刑不公?

笔者认为,既然在不同诉讼阶段定罪量刑不公是由于该阶段案件的社会结构造成的,那么,我们所要做的就是要尽量消除不同诉讼阶段社会结构差异所带来的影响,也即尽可能地避免定罪量刑社会学模式的发挥作用,其途径不外乎三个方面③:途径之

---

① 无独有偶,2001年3月2日,何鹏持账号639316007090460770、账面金额10元的金穗储蓄卡到云南省民族学院的ATM自动柜员机上查询存款余额,因农行云南省分行计算机系统发生故障造成ATM机失控,查询未果。被告人何鹏即按键输入取款100元的指令,ATM机如数出款,被告人何鹏见状又连续按键6次,取出现金4 300元。次日上午,被告人何鹏再次持金穗储蓄卡到中国银行翠湖、胜利广场储蓄所、云南省分行、北市区、东风支行以及中国工商银行武成分理处等七台ATM机上,连续取款215次,共取现金425 300元。两日共取现金429 700元。当日下午,被告人何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,并在返昆途中打电话通知其母到农业银行陆良县支行挂失。返昆后被告人何鹏以其同学伏丽仙的名义存入交通银行7 300元;以朋友金政波名义存入4.7万元。又购买了手机等物品挥霍。案发以后,2001年3月5日何鹏即被陆良县公安机关刑事拘留。2002年7月12日云南省曲靖市中级人民法院经审理查明,何鹏于2001年3月2、3日趁农行云南省分行计算机系统出现故障之机,使用农行储蓄卡在昆明若干ATM机上套取现金429 700元,后又作虚假挂失的犯罪事实清楚。法院认为,何鹏无视国法,趁银行计算机系统出现故障之机,套取巨额现金占为己有,其主观上具有非法占有的目的,客观上实施了使用储蓄卡非法套取巨额现金又虚假挂失的行为,其行为具有秘密窃取的性质,已触犯了国家刑律,构成盗窃罪,且数额特别巨大,应依法惩处,判处无期徒刑。宣判后,何鹏不服提出上诉。2002年10月17日,云南省高级人民法院二审驳回上诉,维持原判。(参见《'云南许霆'父母称要为儿子翻案》,载《信息时报》2008年4月1日)由于何鹏案中没有出现许霆案中的不同诉讼阶段的异质性案件社会结构因素,因此,一审、二审法院判决一致。

② 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载 http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?pkID=16978/2008年6月8日。

③ 参见汪明亮:《定罪量刑社会学模式》,中国人民公安大学出版社2007年版,第294页。

一:重新设计案件的社会结构,尽量消除社会异质性。途径之二:改变定罪量刑过程,减少定罪量刑过程中的社会信息,尽量使定罪量刑过程非社会特征化。途径之三:改革刑事立法,尽量控制法官自由裁量权,使法官面对异质的社会信息能够在最小化的范围内作出差异性定罪量刑结果。

许霆案争点综评与思考

孔　静*

随着最高人民法院复核裁定书的确定,许霆案的结局可以说是尘埃落定,但许霆案引发的思考仍在继续。本文对许霆案的争点进行综合梳理,并不在于提供一种教科书式的正确答案,得出一个最终的结论,而是企图探索许霆案引发如此广泛争议的深层原因。许霆案的争点可以综合概括为两大部分,一是罪与非罪之争,包括是否属于民事行为,是否全部属于不当得利;二是此罪与彼罪之争,在论证许霆构成犯罪的前提下,对许霆构成何种犯罪进行讨论,同时考虑盗窃金融机构、期待可能性、被害人过错等量刑情节。

一、许霆是否构成犯罪争点

许霆案是属于刑事范围还是属于民事范围的问题,是讨论许霆案的根本,也是许霆案引起广泛争议的最重要的争点,包括是否属于民事行为、是否全部属于不当得利两个问题。

(一)民事行为或犯罪

认为许霆的行为属于民事行为的论点可以分为四层意思进行论述:

第一层,法律关系的判断。本案的法律关系比较复杂,应从主要法律特征上进行辨别。在许霆案中,主要法律特征是银行的ATM机出错,次要法律特征是许霆的行为也存在过错,但从次要归于主要上看,问题主要集中在银行ATM机出错上,属于民事法律关系的范围,不构成犯罪。

第二层,许霆采用的手段与ATM的故障。一般人都会认同,如果盗贼采取破坏ATM的手段而盗取里面的现金,显然属于使用非法手段。但是,许霆虽然利用ATM机的故障,并没有采用任何非法手段,他的第一次取款行为和以后的取款行为在手段上完全是一样的,和普通用户取款也没有任何区别,区别仅仅在于ATM机在辨别客户输入的数据上出现了故障。这种故障只能归因于生产运营商,而不能归因于客户。

第三层,银行的风险承担和索赔。无论是储户还是银行,为了节约交易的时间成

* 北京市房山区人民检察院助理检察员。

本,选择使用 ATM 机都是存在风险的。对储户来说,必须对进行的交易进行确认,否则发生交易错误的情况,ATM 机会提示储户其不负责任。现实中也存在很多起储户的卡号被装在取款机上的摄像头盗取,储户的钱被冒领,银行不承担责任的情况。既然储户承担一定的风险,那么银行也要承担相应的风险。ATM 机是银行所提供的,其出故障造成银行损失,银行应当承担风险,银行可以将风险转嫁给生产厂或保险公司,但是不能转嫁给储户。

事实上,事发后第三天银行就向 ATM 机生产维护厂商广电运通公司索赔,该公司也如数赔偿了银行的损失。这一事实说明生产厂承认自己有过失,而且承担了相应的责任,银行实际上没有受到损失。同时,也从事实上说明,本案是一种民事关系,首先是生产运营商与银行的关系,再次银行和储户的关系。银行的损失已经获得生产运营商的赔偿,那么银行就不能再向储户追偿,因为如果储户再把钱退还银行,银行就得到双份赔偿,显然不合理。另一方面,生产运营商也应当为自己的产品质量承担相应的责任,在承担相应责任的同时,可以向储户追偿。这样,本案的法律关系完全可以得到恢复。

第四层,许霆的行为是否存在主观恶性和社会危害性。许霆偶然获知 ATM 机出现故障,仍大量取现,主观上当然具有一定的恶性,客观上也有一定的社会危害性。但是具有主观恶性和社会危害性,未必就是刑事犯罪。民事上的行为,具有主观恶性和社会危害性的也比比皆是。从主观恶性上看,不能要求每一个公民面对诱惑都保持高尚的道德。从社会危害性上看,许霆的行为是偶然的,并不具有可复制性,其造成的社会危害完全可以通过民事关系的调整恢复,同时,也能够给银行与运营商相应的教训,提高管理水平,才能从根本上杜绝该种行为的再现。

认为许霆的行为属于犯罪的观点,论述的角度不一,可以分为三种学说:一是银行过错说,在本案中,银行确实存在过错。这种过错是未能及时发现并排除自动取款机的故障,因而使自动取款机的款项处于一种疏于管理的状态。但银行过错只是许霆犯罪的诱因,它为许霆盗窃易于得手提供了某种条件,但并不能由此否认许霆行为的犯罪性。因为自动取款机发生故障,但款项仍然在取款机里,不能认为银行丧失了对款项的占有。正如同主人出门忘记关门,使小偷利用大门洞开之机而窃取财物的行为同样构成盗窃一样,主人的疏忽不能成为小偷无罪的理由。二是银行溢付说,溢付是交付方基于疏忽的一种额外给付,这种给付也是收受方所未曾预料到的。因此,收受方在完全被动的情况下予以收取。在许霆取款过程中,第一次下达 100 元取款指令,获款 1 000 元,额外的 900 元可以说是一种溢付,即不当得利。但在此后许霆又一而再、再而三地 170 次恶意取款,由此而非法占有的 17 万元款项则不是溢付,而是许霆在非法占有目的支配下盗窃之所得。三是无效交易说,许霆以本人的银行卡在自动取款机上正常取款,只不过自动取款机出现故障给付了额外的款项,这种交易是无效的,但不能由

此否认取款行为本身是一种正常的交易行为。尽管许霆是以自己的银行卡在取款似乎是正常的交易行为,但许霆明知自动取款机发生故障而利用这一故障进行恶意取款,这已经不是一种交易行为而是一种犯罪行为。①

以上三种观点在承认银行存在问题的前提下,都强调了许霆的"恶意取款"行为。三种观点存在共性,即论述许霆的行为属于犯罪的立足点是行为人主观心态的变化,正是这种主观心态的改变,使得许霆的取款行为变成了犯罪行为。但是,对于主观心态的改变,为何实现了从无效的民事行为到刑事犯罪的跨越,罕有法理上的论述。恶意的未必是犯罪的,不能不说,论者有先入为主认定为犯罪的嫌疑。

(二)是否成立不当得利

认同许霆的行为属于民事行为的多数论者认为,许霆的取款行为属于不当得利。许霆恶意取款行为是"以合法形式掩盖非法目的",构成民法上的不当得利,系无效民事行为。《民法通则》规定,"当事人因不当得利取得的财产,应当返还给受损失的一方,有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,双方都有过错,应各自承担相应的责任。"许霆存在过错,但为此仅应负民事责任,即需将恶意取得的款项交还给银行,而不需要为此负刑事责任。银行也存在毋庸置疑的过错,亦应承担相应的责任。

也有论者认为,许霆的第一次行为是被动的,属于不当得利,但是,以后的多次行为是主动追求,是恶意的占有他人财物的行为,构成犯罪。这一观点也为许霆案重审判决书[(2008)穗中法刑二重字第2号]采纳:"许霆案发当晚21时56分第一次取款1 000元,是在正常取款时,因自动柜员机出现异常,无意中提取的,不应视为盗窃,其余170次取款,其银行账户被扣账的174元,应视为盗窃,许霆盗窃金额共计173 826元。"

不难看出,以上两种观点的争议关键是,主动的占有是否系不当得利?或者说,不当得利对行为人主观心态有无要求?理论界对受益人的主观状况是否应成为构成要件存在肯定说和否定说两种观点。肯定说认为"不当得利的功能在于使受领人返还无法律上原因所受的利益,就构成要件而言,不以受益人的行为是有故意过失、不法性为要件"。② "不当得利本质上是一种利益,与当事人的意志无关,只要存在不当得利这一事实,不论当事人意志如何,均应产生不当得利之债。"③否定说认为,"从主观方面来看,当事人取得的不应当取得的利益时的主观状况应是善意的,"并且认为"只有基于善意的主观状况所取得的不应当取得的财产才能具有不当性,而不是非法性。"④我国大多数学者持肯定说观点而成为通说。从我国《民法通则》第92条规定来看,"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。"因

① 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。
② 王泽鉴:《债法原理》(第二册),中国政法大学出版社2002年版,第146页。
③ 王利明等:《民法新论》(下)中国政法大学出版社1983年版,第420页。
④ 谢邦宇、李静堂:《民事责任》,法律出版社1991年版,第404页。

此，受益人主观上有无过错，不影响不当得利的构成。认为许霆主观上以非法占有为目的，主动追求利益的行为，不属于不当得利，是立足于否定说的观点得出的结论。但是，根据通说，不当得利本质上是一种不当利益，法律规定不当得利之债的目的，并不在于要制裁受益人的得利行为，而在于纠正受益人不当得利的不正常、不合理的现象，因此本案这类行为，从民法角度分析，其法律性质应当属于不当得利。[①] 本案，事件缘起是 ATM 机运营商的过错，即使许霆恶意占有，也完全可以由 ATM 机运营商对其进行追偿。这样的话，本案受益人不当得利的不正常、不合理的现象完全可以得到纠正。当然，从否定说的角度出发，也完全可以得出相反的结论。

二、许霆的行为此罪与彼罪争点

如果认为许霆的行为属于无效民事行为，只是不当得利，仅应负返还义务，本案的讨论可以就此结束。但是，在对许霆案的广泛讨论中，很多论者的立足点是许霆案构成犯罪，这就涉及许霆的行为构成何种犯罪之争，主要争议罪名集中于侵占罪、诈骗罪、盗窃罪三种。

（一）侵占罪

支持许霆的行为构成侵占罪的观点认为，许霆具有合法的取款人身份，他的每一次取款都是正常操作，与一般储户的取款行为并无两样，其行为本身都不违反法律规定，至于出现不当得利的结果的主要原因是 ATM 机存在技术故障，但该故障并非是许霆的行为造成的。许霆的第一次取款与其后的取款，在行为上都是一样的，行为本身不违反法律规定，唯一不同的是主观状态。在客观方面，许霆的取款行为与一般储户一样都不违反法律规定，只是在主观方面存在过错，如果就此认为许霆的取款行为是违法行为，显然是“主观归罪”。许霆的取款行为属不当得利，应该属于侵占罪的犯罪对象。从整个案情看，许霆存在前后两个行为，先是通过合法的取款行为获取不当得利，后是非法予以占有，符合侵占罪的行为特点。因此，许霆在合法持有不当得利后，没有尽到善良保管义务和及时返还给银行义务，而是予以非法占为己有，进行挥霍并逃匿，数额巨大，拒不退还，其行为构成侵占罪。

否定许霆的行为构成侵占罪的观点认为，侵占罪是指将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不退还的行为。侵占罪的犯罪对象有三：保管物、遗忘物和埋藏物。一般认为遗忘物，是指由于财产的所有人、占有人的疏忽，或者遗忘而失去占有、控制的物品。本案，ATM 机虽然有故障，并没有使其中的现金成为许霆占有的财物和遗忘物、埋藏物，钱财仍然在机器中，在银行的控制范围

---

① 参见李飞：《许霆案之法律症结与肯要》，北大法律信息网，载 http://www.dffy.com/wz/zhaishow.asp? id=8299。

内。因此,许霆的行为既非代为保管,更不是占有遗忘物、埋藏物,所以其行为不构成侵占罪。

这两种观点的立足点是各有不同的。肯定说强调侵占罪的“拒不交出”的后果,认为许霆取得财物虽然系不当得利,但取得财物的手段从形式上看完全是合法的,因此许霆合法持有该笔款项,不过,其负有返还的义务,但许霆没有返还银行,符合侵占罪“合法持有,拒不交出”的特征,构成侵占罪。否定说则从形式出发,紧扣我国《刑法》第270条关于侵占罪的规定,强调了侵占罪的对象是代为保管的他人财物、遗忘物、埋葬物,而在出故障的ATM机中的现金,不属于以上的三种财物,故从犯罪对象来说是不符合侵占罪规定的。

(二)诈骗罪

支持许霆的行为构成诈骗罪的观点认为,ATM机通常情况下,具有人工智能的特征,能够识别资料真假。但是,由于机器发生了故障,不能够正确识别资料。许霆的卡上仅有175元,而且每次输入的金额都是1 000元以上,许霆输入数据与其存款数是有差别的,是明显虚假的,在正常情况下,是无效的指令。但由于机器故障,对虚假的资料时,也予以了认可,并进行了交付,符合诈骗罪“虚构事实,自愿交付”的特征。

否定许霆的行为构成诈骗罪的观点认为,本案中,行为人没有使用虚构事实、隐瞒真相的诈骗手段。从本案的具体情况来看,行为人用自己所有的真实的银行卡按照正常程序在柜员机上取款,同所有的持卡人所进行的程序并无二致。银行卡上所记载的数据真实,行为人对银行卡也未加变造的情况,在用真实的银行卡在柜员机上取款时,输入的数额仅仅是一种请求权,而不能认为行为人在虚构事实。在使用的卡是真实的情况下,行为人没有虚构的余地,更不可能隐瞒真相。而且,从是否自愿交付来看,诈骗罪的本质特征是受害人基于行为人虚构的事实而作出自愿处分财物的行为,ATM机器作为银行的一种设备,不可能成为诈骗的对象。对银行的工作人员来说,许霆的行为不可能得到银行管理者的同意,是违反银行管理者的意志的,因此,也谈不上银行工作人员的自愿交付。所以,许霆的行为既不构成诈骗罪,也不能构成任何形式的金融诈骗罪。

总体来说,肯定的观点关注了一个基础事实,即许霆银行卡中仅有175元,而其每次输入的取款数字都是1 000元以上,远远超出卡内金额,许霆并不是输入1元,ATM机就吐出1 000元的。而否定的观点,则强调了输入的金额仅仅是行为人请求权的反映,行为人使用真实的银行卡,没有虚构事实。事实上,这两种观点讨论的问题,并不是基于同一层面的。许霆使用的卡是真实的,没有虚构的余地,这一论断是建立在ATM机对用户资料识别正确的基础上。但是,行为人已经获知了ATM机是有故障的,在输入金额1 000元的时候,它必然作出错误的判断。所以,从这个角度来说,也可以说行为人有意识虚构了事实,因为明知卡中的余额,明知ATM机在这种输入的情况下

会出错，而利用这种虚构的数额，达成了ATM机的交付。问题的关键在于，行为人输入1元，而出1 000元，那么行为人在取出17.5万元的情况下，就不存在罪与非罪、此罪与彼罪的争议吗？恐怕还是存在的。同时，关于是否"自愿交付"的问题讨论，还引发了本案的一个至关重要的问题：在ATM机上，所做的交易是何种性质？这种交易可否视同为与银行营业员所进行的交易？这个问题是案件的一个基础问题。关于是否构成盗窃犯罪的观点争议，依然构建在这一问题的分歧上。

（三）盗窃罪

有罪论和无罪论恐怕都认可一个事实，即许霆无疑具有非法占有目的。如果符合"秘密窃取"，则可以认为构成盗窃罪。这时可以"出民入刑"，因为行为人不但具有非法占有目的，还使用了触犯刑法的手段。那么，许霆成立盗窃罪只需讨论一个最关键的问题：许霆的行为是否属于"秘密窃取"。

支持许霆的行为成立盗窃罪的观点，无疑都认定了许霆的行为属于"秘密窃取"。这些观点都直接越过ATM机交易行为的性质，直接将"秘密窃取"的相对人确定为银行。许霆利用银行自动柜员机程序升级出错之机，多次恶意取款，是自认为银行工作人员不会当场发觉。许霆在庭审时也供述称，明知其银行卡内仅有170余元，在第一次取款和查询后已意识到自动柜员机出现了异常，仍然连续170余次取款174 000元，并认为"银行应该不知道"、"机器知道，人不知道"，这都证实了许霆实施取款行为时，主观上自认为银行人员不能及时发现。尽管许霆既没有篡改密码，也没有破坏机器，一切按照正常程序即获取款项，尽管许霆使用本人实名的银行卡取款，事后银行能够追查到许霆，但只要许霆在取款当时银行不知晓，就应当认为是秘密窃取。最典型的关于许霆构成盗窃罪的论述，来自许霆案重审判决书[（2008）穗中法刑二重字第2号]："许霆系利用自动柜员机系统异常之机，自以为银行工作人员不会及时发现，非法获取银行资金，与储户正常、合法的取款行为有本质区别，且至今未退还赃款，表明其主观上具有非法占有银行资金的故意，客观上实施了秘密窃取的行为。许霆的行为符合盗窃罪的主客观特征，构成盗窃罪。"

否定许霆的行为成立盗窃罪的观点可以综述为，许霆在与银行存在储蓄合同的民事关系的情况下，使用本人的实名银行卡，到有监控系统的自动取款机，以一个正常客户的身份，按ATM机的程序要求正常操作，没有篡改密码，没有破坏机器功能，没有采用任何破坏性、技术性等手段非法进入到银行系统来获取款项。取款时，ATM机如实记录下了他的账号，银行也根据他的账号查到他的名字、住址和身份证号码。许霆没有使用任何秘密的、非法的手段，更无所谓窃取。他只是利用了对方的失误。虽然可以说，许霆具有占有这笔不义之财的动机，而且也占有了这笔钱财，但是认定其为"秘密窃取"，进而认定其构成盗窃罪，显然是勉强的。

不难看出，争议的关键是，许霆的行为相对于何种对象是"秘密"的。许霆使用的

是真实的卡,本人去取,取款手段没有任何秘密性。银行可以通过电脑记录、录像记录看到许霆的真实情况。许霆的行为相对于谁是秘密的?一般的解释是,许霆的行为相对于银行的工作人员是秘密的。这就涉及对取款机交易性质的理解,即上文所述的一个最关键的基础问题:客户在ATM机上交易时,ATM机实施辨别和交易行为的效力,是否可以等同于在银行与营业员的面对面交易。如果将机器仅仅视为一个机械的工具,那么必须是银行的工作人员明知才可以进行交易。但在正常取款的情况下,工作人员也不是笔笔都知情并逐笔确认的,否则失去了使用ATM机以便节约人力与时间资源的意义。无论是取款者还是银行,都默认了这种交易方式。取款机取钱与柜台取款,并没有任何区别。如果说许霆取款行为的当时,相对于银行的工作人员是秘密的,那么我们的每一次交易,岂不是都要等银行工作人员的"当时"的确认,否则就是秘密窃取?ATM机的错误,至多可以事后确认为许霆实施的是无效民事行为,但不能以银行工作人员"当时"不知情为由,论证许霆的行为属于"秘密窃取"。即使把这种手段理解为对方不知道的"秘密",那也存在这种手段是不是"窃取"的问题。如何判断"窃取"?是偷盗,偷盗是什么?还是秘密窃取。仅仅从概念出发,必然造成循环论证。但在事实判断上,还存在一般人观念的判断。本案正是在一般人判断和概念性判断上出现了偏差。概念性判断往往直接判断许霆的行为就是不为银行的人员所知秘密窃取。但是,一般人的观念是,正常情况下,我从ATM机取钱,这一行为银行无疑是认可的,和柜台上的营业员没有区别。那么,在营业员屡屡出错的情况下,我在占便宜的不道德心理的支配下,主动利用错误,多得到钱,怎么是"盗窃"呢?恐怕这不是仅仅使用盗窃的概念能够说服的。因为概念的根源也是一般人的观念,是这些观念的提炼和升华。对"秘密窃取"的理解,存在概念上和一般人观念的偏差,恐怕是本案无法和公众观念达成共识的重要原因。可以说,因为ATM机的存在,使得许霆的行为具有一定独特性。ATM机交易的固有特征,也使得本案不能先入为主,先判断为盗窃罪,然后再寻找"秘密窃取"的相对人。这样的论证,表面上似乎自圆其说,实则隐去了个案的特质。

三、许霆案量刑的争点

许霆一审判决获刑无期,引起公众直觉上的关注,那就是量刑过重。很多关于许霆案的讨论,争点也集中在量刑上。许霆的辩护人作无罪辩护,很大程度上也失去了在法庭上辩论量刑情节的机会,因为对量刑情节的辩论,必然建立在认可许霆有罪的基础上。关于许霆案量刑情节的争议,在认可许霆成立盗窃罪的基础上,从法定量刑情节看,主要集中于许霆是否系盗窃"金融机构"和"数额特别巨大"上。如果属于盗窃"金融机构",那么根据我国《刑法》第264条的规定和有关司法解释的规定,许霆属于盗窃金融机构,数额特别巨大,应处无期徒刑或死刑,并处没收财产。如果不属于,仅仅是普通盗窃,许霆则因为盗窃数额特别巨大,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,

并处罚金或者没收财产。应当说,处罚依然是相当严重的。这就涉及酌定情节的适用问题,这些酌定情节涉及被害人过错、行为人期待可能性的有无、案件特殊性等各方面。对酌定情节的恰当运用,可以使案件的判决合法、合情、合理,达到法律效果与社会效果统一,是司法者法律智慧和社会经验的展现。

(一)盗窃金融机构

关于是否属于盗窃金融机构,肯定说认为,盗窃金融机构是指盗窃金融机构的财产,根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“刑法第二百六十四条规定的盗窃金融机构,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金,因此,许霆盗窃柜员机内资金的行为依法当然属于“盗窃金融机构”。否定说认为,应当从立法本意出发,犯罪对象是犯罪行为所指向的具体物,针对金融机构实施盗窃的目的在于取得钱款,所以金融机构仅是犯罪场所,而非犯罪对象。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。ATM 机是放置于公共场所的一种金融机构的交易工具,任何公众都可以使用,即使是使用破坏性手段盗窃 ATM 机,行为人的主观恶性也和盗窃金融机构本身有很大的区别。因此,许霆的行为不能理解为盗窃金融机构。

(二)数额特别巨大

对此,各类观点几乎一致认为,许霆案问题出在最高人民法院的司法解释一成不变上。几乎所有的犯罪数额都是由最高人民法院、最高人民检察院通过司法解释方式确定的。这种司法解释一经制定,多年不变,已经与社会经济发展和人们的生活水平脱节。在金钱货币的认识发生变化,乃至于出现广泛使用银行的 ATM 机形势下,应该考虑及时修改完善相关司法解释,及时对起刑点进行合理调整。

(三)酌定情节的运用

在认定许霆构成盗窃罪的论点基础上,认为对许霆的处罚达到罪、责、刑的均衡,必须考虑本案特殊的酌定从轻情节。许霆的盗窃犯意和取款行为与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,主观恶性相对较小。许霆利用自动柜员机出现异常窃取款项,与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻。许霆的行为具有偶然性和不可复制性。综合许霆案的情节,直接适用法律的结果必然导致量刑过重,可以在法定刑以下量刑。

四、法律适用与公众观念差距的衡平

(一)起诉书和判决书对重要法律问题论证的忽略

可以说,许霆案的问题涉及三个层面的问题,对这三个层面的问题不进行清晰的

分析,得出的结果是无法说服公众的。第一层面的问题是,许霆的取款手段和正常的取款手段毫无区别,没有使用非法的手段。第二个层面的问题是,是许霆取款行为与以后的行为区别,仅在于其主观心态不同,在行为完全一致的情况下,何以主观心态的不同就实现了从民事到刑事的跨越?第三个层面的问题是,许霆构成盗窃罪,主观上需要存在非法占有目的,客观上还需要使用"秘密窃取"的手段,那么许霆的行为何以成为"秘密窃取"?

遗憾的是,我们没有看到起诉书或者一审、二审判决书的充分论证。我们看到的仅有对事实的描述和越过重重法律问题对结果的直接判断。起诉书描述事实使用的高度概括、有失准确的语言,判决书直接给出的结论,恐怕都是引起公众包括众多法学研究者广泛质疑的原因。判决书与一个人的生命、自由与财产息息相关,一个特殊的案件、一份剥夺了一个人终身自由的判决书,缺少充分的说理和论证,自然是无法说服被告人本人和公众的。

(二)对许霆不作刑事处罚存在一定空间

对许霆案的诸多争点梳理评析后,不妨设想一下对许霆不作刑事处罚的可能性。当然,这种设想,并不代表对重审判决书结论的否定和推翻。

因为许霆行为的直接对象是 ATM 机,使得其行为更像一种刑法没有明确规定的全新行为,对这种行为直接科以重刑,有"不教而诛"之嫌。从期待可能性看,法律的制定从来不是在设想人人都是道德完人的基础上制定的。法律本来就是在社会发展到一定的阶段,为规范世俗人的行为,明确权利义务的基础上产生的。在大量金钱的诱惑下,似乎难以期待许霆们保持高尚的道德感。从刑罚的目的来看,许霆的行为具有个别性、偶然性,被复制的可能性很小,不具有一般预防的意义,而这种行为的特点,也决定了许霆的再犯可能性很小,也不具有特殊预防的意义,既然刑罚无效,何以必须动用呢?

跳出许霆案,从政策规范上来讲,一个社会的有序运转,需要责任权利的对等,既然银行和客户选择使用 ATM 机节约人力资源和时间成本,就都必须承担相应的风险。避免风险出现,需要严格管理制度,寻求规避风险的机制。比如,银行及时对 ATM 机检查和维护了吗?显然没有。许霆案发生后的第三天,银行才发现出了问题。但是银行选择了将风险转移给运营商,并获得了赔偿。如果确定许霆的交易行为无效,让其返还取得的钱款,也能解决问题,恢复社会关系。虽然可以断言,面对诱惑,许霆是世俗的、不高尚的,甚至可以扣上具有一定"主观恶性"的帽子,但是,对许霆不作刑事处罚的空间是存在的。

五、余论:值得讨论的问题

1. 判决书显示,该 ATM 机共 20 万元,共有五张卡取款,全部取光。许霆用真实的

卡取出 17.5 万元。郭安山供述 4 月 21 日夜与许一起取出 8000 元，第二天用刘阳的假卡提出 10000 元。许、郭共用三张卡，共取出 19.3 万元，那么另外的两张卡 7000 元，是正常取款，还是非正常取款？这一基础事实，涉及 ATM 机经营期间是否所有取款人都发现了漏洞，是否所有取款人具有多取的心态，从而论证一般人在此种情况下的期待可能性的程度。该事实未见诸证据或调查。

2. 重审判决书未明确列明受害单位。银行已经获得了赔偿，而生产运营商产品存在瑕疵，是否应当分担一定的责任？那么，本案的受害单位是谁？判决书没有列明，回避了这个引发民事与刑事之争的焦点问题。这一点，从某个层面上揭示了将本案作为刑事案件处理，并未完满解决案件所涉及的法律问题。

【定罪争鸣】

许霆案件之定性:一种犯罪论体系视野的分析

冯亚东*

许霆案从案发至结案,引发了一场几乎全民参与的论战"狂欢"——在罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪问题上,争论不休。笔者认为:在此案件的讨论中作为通说的刑法理论并未"失效",以社会危害性为核心的犯罪概念和以犯罪构成为主干的整个犯罪论理论体系,实则已为许霆这类疑难事案提供了最基本、最有效的分析路径。具体为:首先,须考察许霆的行为是否具有"社会危害性";其次,若具有社会危害性,则是否达到"严重"的程度,即是否需要由刑法进行评价追究刑事责任;再次,如果需要由刑法评价,则刑法是否有适当的罪名予以评价,即许霆的行为该当何罪(若无明文规定则依照罪刑法定原则也不得定罪处罚);最后,如果罪名能够得以确定,其随后的刑罚应如何裁量才属罪刑均衡。依循上述分析路径,则完全有可能在最终结论上达成共识,或者至少使我们对问题讨论的分歧焦点非常明晰和集中。

(一)案件是否具有社会危害性。本案经查明:银行所属的某 ATM 机账目异常,差额超过 17 万元;根据银行提供的许霆办卡记录及 ATM 机记载的交易日志,显示该卡账户余额与实际取现严重不符。毋庸置疑,银行的财产权益遭受了某种现实侵害——银行资金损失 17 万余元,而该损失又直接归因于许霆的恶意取款行为,故该行为的确侵犯了他人财产权益,具有社会危害性。

(二)社会危害性是否严重。即便已经达成了许霆案件具有社会危害性的共识,但如果其系"情节显著轻微危害不大",则最终仍然只能"不认为是犯罪",而应转由刑法以外的其他法律另行处置。而对"是否严重"之评估,仅从案件自身很难推导出广泛认可的结论(这也是许霆案发后聚讼纷纭的主要原因)——这需要在刑法之内确定一种相对客观、可具体参照的评判标准。许霆案所涉及的主要法益是银行的财产权益,而在刑法分则的财产类犯罪中,只有第 270 条侵占罪是最轻微的刑事犯罪(属刑事自诉案件)——侵占行为最贴近民事侵权行为。举轻以明重——以侵占罪为基点作为许

---

* 西南财经大学法学院教授。

霆案件社会危害性是否严重的比对样本,或许是一个容易被各方接纳、可能形成共识的有效判断标准。

侵占罪包括两种情形:第一,将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大拒不退还的行为;第二,将他人的遗忘物或埋藏物非法占为己有,数额较大拒不交出的行为。就许霆案所查明的事实而言,不可否认其所占有的款项本属银行(许霆自己的银行卡内仅有 176.97 元);假设许霆属于代为保管银行财物(正如其在法庭所作辩称)或银行遗忘物(正如其律师辩护的那般[①]),则许霆占有银行 17 余万元不予归还并携款逃匿的行为,所表征出的社会危害性之严重程度,已经远远超过了侵占罪(广州地区侵占罪"数额较大"的起诉标准为 1 万元)。

(三)是否有适当的罪名予以评价。通过上述分析可看出,犯罪概念真实地发挥着犯罪构成及其要件所无法代行之、对危害行为在国家整体法秩序下"大类定位"的功能——是刑法(犯罪案件)、治安处罚法(治安案件),还是民法(民事案件)或其他问题。以最贴近民事侵权"不当得利"的侵占罪为比对样本,可以得出应予追究许霆刑事责任之结论;但是,却并不能据此得出许霆有罪的结论——根据罪刑法定原则,如果许霆的行为并不符合刑法分则的明文规定,则仍然不能构成犯罪。

相对于犯罪概念之"大类定位"功能,犯罪构成之首要要件"犯罪客体",则具"小类定位"功能——即根据行为实际侵犯的法益而在分则罪名体系中大致定位,再按照其余三要件各自的分工而对案件事实分别比对。如前所述,许霆案件侵犯的主要法益是他人的财产权益;综合案情,可能的罪名便只能在侵占罪、(信用卡)诈骗罪或盗窃罪中酌定。

关于侵占罪。由于该罪无论是对代为保管物、遗忘物还是埋藏物,在法律上均只能视为是合法取得(合法保管、偶然拣拾或无意挖得)——只是因占有人拒绝履行返还义务而构成犯罪,故在刑法理论上该罪属于纯正的不作为犯罪。而许霆后续 170 次积极主动、恶意取款的行为,显属作为的危害行为(是针对该行为进行刑法评价),并不符合侵占罪中"须是合法取得财产"之前设性条件。

关于诈骗罪。诈骗罪的基本要件及行为过程为:行为人实施欺骗行为——相对方基于此种欺骗而产生认识错误——相对方基于认识错误而处分财产——行为人(或第三人)取得财物获利——相对方遭受财产损失。由于许霆的行为并未使银行产生处分财产的认识错误(机器只能是产生故障——不能认为机器会产生"认识错误"),故不可能成立诈骗罪(当然也就不能成立作为诈骗犯罪特殊法条的信用卡诈骗罪)。

最后考虑盗窃罪。综观许霆行为之全过程,其在主观上具有"非法占有他人财物

---

① 许霆的律师认为,在 ATM 机出错的场合,由于"银行有足够时间追回款项,只是因为周末而错过,因此可以将这 17.5 万元视为'遗忘物',许霆的离开行为仅构成侵占罪"。参见黄琼:《男子趁 ATM 机出错恶意提款 171 次被判无期》,载《新快报》2007 年 12 月 17 日版。

的目的”,这应该是完全成立的。而争议最多的便是其客观方面在占有方法上的“秘密性”问题——这是许霆的行为能否构成盗窃罪的争议焦点。而刑法通说理论中的秘密窃取,是指行为人在“自认为”财产所有人或保管人并不知晓的情况下占有他人财物;反之,财产所有人或保管人在行为人实施窃取行为时事实上是否知晓,丝毫不影响“秘密方法”的成立。就盗窃罪犯罪构成的这一规定性而言,许霆所供述的“银行应该不知道”、“机器知道,人不知道”等情节,均足以证明许霆实施取款行为时主观上自认为银行人员不能及时发现,客观上理当属于“秘密窃取”。①

借助刑法通说犯罪论体系所提供的基本析罪路径对许霆案进行逐层分析,可以认为以盗窃罪定性并不违背罪刑法定原则——本案中存在的仅仅只是一个如何以既定的学术理论预设为中介工具,将静态固定的刑法文本同动态变异的生活事实进行适法性对接的问题(尚不存在以“客观解释论”的视角对法条进行重新解释的问题)。②

---

① 也有不同于刑法通说的新锐观点,认为只要以平和而非暴力的手段,违反占有人的意思而取得财物,就是盗窃罪中的窃取,并不以实施隐秘方法为条件(参见周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社 2003 年版,第 108、109 页)。进一步讲,就转移并占有财产的行为而言,即使不符合其他财产犯罪的规定性,也存在被评价为盗窃罪之可能空间。

② 由于对许霆案件的量刑问题同本文“犯罪论体系视野”的内容并无直接关系,且涉及 1997 年《刑法》在立法当时的复杂背景问题,故不再评说。

许霆案:中外对比并不都恰当

刘宪权[*]

一、须从刑事角度看待许霆案

今天,大家一起来讨论许霆恶意取款案,关于这个案件,我想谈谈我的一些想法。

许霆的行为是否构成犯罪,我的结论是毫无疑问的,他肯定构成犯罪。本案之所以出现这么多争论,主要集中在几个问题上。

第一个问题是关于民事侵权行为和刑事犯罪行为到底如何界定。最近法学界发表的很多观点以及媒体所表达的观点实际上都是有倾向性的,把一些无罪的观点要么不登,要登就登在很重要的位置。他们采访我,我认为有罪,他们就不大愿意和我谈下去,因为观点和他们不一样,所以从舆论的角度来看,好像是无罪论占上风,但事实上并不如此。

在法学界,主张有罪的绝对占上风,包括我在内。现在很多人在谈论该案时,说这种案件可以用民事侵权行为加以调整,这个说法本身没错,但是这种观点脱离了一个最本质的问题,就是刑法中侵犯财产的犯罪都可以用民事侵权行为来理解。

用民事侵权行为这种理论完全可以把犯罪中的财产犯罪问题解释清楚,但是我们看问题的角度,首先应该从刑法角度来分析。如果这种行为不符合刑法中的相关规定,不符合有关犯罪的犯罪构成,才可以考虑是否用民事侵权责任对其进行制裁。

应当指出的是,时下有些学者认为,刑法是调整社会关系的最后一道屏障,因而只有在其他法律没办法调整的情况下,刑法才能调整。而许霆案件完全可以用民法加以调整,就没有必要一定要动用刑法。我认为,这种观点显然是将立法上调整的范围与司法调整的范围混淆了。刑法是调整社会关系的最后一道屏障,实际上是针对立法层面而并非是针对司法层面的。在立法上我们应该尽可能地限制刑法介入的范围,只要其他法律能够解决的问题,刑法就不要轻易介入。但是,这并不意味着在司法上行为人的行为因为其他法律可以调整了,就可以随意放弃对其刑事责任的追究。

事实上,任何犯罪(特别是财产犯罪)都可以用民事侵权行为理论来解释,但符合

---

* 荷兰艾柔默斯大学刑法学博士,华东政法大学教授,博士生导师。

民事侵权要件的行为并不等于就一定不构成犯罪。这点恰恰是现在很多学者主张用民事侵权解决许霆案件观点中的一个最大缺陷。

二、ATM 机取款不算交易

第二个问题就是,许霆的行为到底属于什么行为?

很多学者作了些类比:举个例子,我到古董店去买古董,看到一件古董是真品,但价格却是赝品的价格。商店及营业员都以为它是赝品。在他们鉴别失误的情况下,我用赝品的价格买下了一个真品古董。我是否要被追究刑事责任?

在座各位都可以得出结论,肯定不能用刑法来调整,因为他不符合刑法中的任何一种规定。也许有人说,这种情况既然应按照民事加以调整,那么许霆取款的行为也是一种交易,是与金融机构做的一种交易。同样是交易,都是对方有错误,这个错误是ATM 机产生的,在此情况下,利用对方的错误进行交易,性质是一样的,买古董的人不构成犯罪,许霆同样也不构成犯罪。

对于上述观点,我认为这些学者偷换了一个概念,因为两者之间没有可以类比的地方。古董商店跟我进行的交易,有两点是和许霆案截然不同的。首先,古董是个财物,可以估价,营业员是怎么估价的,无非是对这个财物估价的高低问题。但是许霆去拿款,他去拿 1 000 元,不存在对 1 000 元到底值多少钱的估价问题,也就不存在认识错误问题。ATM 机的错误是操作错误,而不是对价值的理解错误,这是第一个区别。第二个区别,许霆去拿款,他和金融机构之间并没有交易,只不过是金融机构处理的一笔金融业务。许霆拿信用卡去取钱,信用卡本身并不是财物,它是记载财物的一种载体。如果你到 ATM 机去取款的话,它无非是从记载财物的载体中去兑现财物,金融机构无非是在兑现中处理了一笔金融业务,其中并没有发生交易问题。

现在,很多学者把它进行类比,错误就产生在这里。听上去很有说服力,但事实上是不能类比的。

三、难挡诱惑非减轻处罚理由

现在网上比较多的情况是,用期待可能性的理论来解释许霆是否构成犯罪,就是所谓“挡不住的诱惑”。许多人认为,考虑到人性的弱点,不少人在面对许霆遇到的情况时可能都难抵诱惑,所以期待许霆不实施此种行为的可能性降低。由此得出,这与有预谋的盗窃行为相比,行为人的人身危险性要低,可适当减轻处罚。

有两点我想澄清。首先,对期待可能性理论的理解,一些学者想偏了。什么叫期待可能性?这实际上是德国法院的一个判例,即所谓的“癖马案”。

有匹马的尾巴经常动,而且它喜欢用马尾巴缠住缰绳,然后朝下压。马夫告诉主人,说这匹马有恶癖,不能继续用于做生意,但主人说没问题,如果马夫坚持要换,那么

马夫只能下岗。马夫只好硬着头皮用这匹马运输。后来，这匹马恶癖发作，疯狂地跑，把一个行人的腿给轧断了。司法机关控告马夫过失伤害，法院认为不构成过失伤害。法律不能期待行为人宁可失去工作而和自己的主人对着干，最后法院判决无罪。司法机关又抗诉，最终德国法院作出判决，维持原判。

从案例中，可以得出结论，即法律只能要求行为人做可能做到的事情，不能期待行为人做不可能做到的事情。它的一个实际含义是很明确的，即法律不能期待行为人在没有条件可以选择合法行为的情况下，不实施某些过错行为。那么，许霆案是否可以用期待可能性理论来解释呢？

显然，许霆案和这个结论是相违背的。因为许霆在第一次拿了1 000元扣掉1元之后，已经知道机器有故障。在这种情况下，他和自己的老乡又反复拿了171次。这是很不容易的，确实很有“毅力”。取款171次，在每次取款行为中，他是否没有一种可以选择合法行为的可能呢？显然，不存在这个问题，所以不能用期待可能性理论来解释。

关于诱惑的问题，很多学者说，如果他碰到这种情况，可能也挡不住这种诱惑。那么我想，你第一次拿，可能挡不住，但在知道机器已经出了问题之后，再反复拿，不存在挡不住诱惑的问题。即便存在这种诱惑，我们都挡不住的话，反过来只能说明我们社会的道德水准已经降到了什么程度？第一次可能挡不住，后面应该是能挡得住的。后面的取款是一种恶意行为，你怎么可能挡不住恶意呢？这一点我认为应该还是要从期待可能性理论角度去拨乱反正，不要绝对地用期待可能性理论来看待许霆案。

四、取款留痕迹也属秘密窃取

许霆的行为能否构成侵占罪？我认为肯定不能。那么他应该构成什么罪呢？盗窃罪！秘密窃取是盗窃罪最本质的特征。行为人在自认为他人不知道的情况下窃取财物。我们强调的是“行为人自认为”，你的手伸到我的口袋里，并不因我看见了，你就不是秘密窃取。

有人认为利用别人的错误就不能构成犯罪，这种观点是错误的，所有的诈骗行为都是利用被害人的错误。我们并不提倡只要被害人有错就不能构成犯罪。在盗窃罪里，完全有可能是利用别人的错误来实施犯罪，比如你家门没关，别人闯进来了，你不能说因为没关门就可以进来盗窃。

我们现在讨论的最大问题是许霆的行为是否符合秘密窃取的特征？有人认为他知道ATM机上有探头，同时也知道取款过程中都留下了痕迹，因此这种行为不符合秘密窃取的特征。我认为这根本不能作为否定它秘密窃取特征的理由。

有两点要搞清楚。首先是认为自己留下痕迹就不按照秘密窃取来对待，这本身就是一种误解。我到你家里，知道会留脚印，但我还是拿了，你能说我没实施盗窃？肯定不行。有些人甚至在你桌子上写上自己的大名“这是我偷的，你抓不住我的”。你能因

此就认为不是秘密窃取?显然也不对。

其次是探头问题。有人提出探头就像人的眼睛一样,我已经知道你的眼睛看着我,我还拿,这就不属于秘密窃取。这又混淆了一个基本概念。探头和人的眼睛是不一样的,人的眼睛可以及时作出反应,探头从看见到作出反应有一个时间差,不可能及时反映。

这点差异人人都知道,许霆也不例外。所以他以为这个时候获取了钱财别人是不会抓他的,这就符合了秘密窃取的盗窃罪特征。

理论上也有学者提出,许霆确实是在明知 ATM 机出了故障的情况下获取钱款的,如果把 ATM 机比作"人"来看的话,那么,许霆如果在金融机构的柜台上,因工作人员的误解而多给许霆钱,许霆肯定不构成犯罪,因而将许霆在 ATM 机上取款的行为认定为犯罪是不妥当的。

我认为,这里首先要明确的是,出故障的 ATM 机绝对不能等同于有误解的金融机构工作人员。事实上我们完全可以将出故障的 ATM 机比作不能辨认或者不能控制的精神病人,在社会生活中,如果行为人在明知对方是精神病人的情况下获取其钱财,当然可以按照盗窃罪加以认定。那么,许霆在明知 ATM 机出故障的情况下,仍然恶意取款,将其行为性质认定为盗窃当然十分妥当。

另外,也有学者认为,在金融业务中,出故障的 ATM 机在处理金融业务中多扣了顾客的钱是不可能承担刑事责任的,为什么顾客多拿了钱却要承担刑事责任呢?从平等角度看,许霆不应该构成犯罪。

依我的看法,这个观点同样也很难成立。以上述观点分析,我们不难看出,既然出了故障的 ATM 机可以比作精神病人,那么,精神病人拿了他人的钱财当然不可能承担刑事责任,而他人非法地获取精神病人的钱财应当追究刑事责任的就必须追究。可见,从刑法角度分析,有刑事责任能力的人是不可能与无刑事责任能力的人讲平等的,上述观点的缺陷在于将两种不同的人混淆了。就此而言,我们完全可以这样认为,金融机构不构成犯罪并不等于许霆不构成犯罪。

五、简单类比不可取

关于许霆案,现在很多学者都介绍了国外的一些基本情况。比如,有些人谈到英国的一个案例。英国某地一台 ATM 机,有一天突然向外吐款,许多市民去抢,结果英国银行说由于 ATM 机出毛病,吐出来的钱你们拿走就拿走吧,银行不要了。有学者说英国人都有这种态度,这么高的姿态,我们为什么不能有?

我认为这是不可比的。首先,自动吐款和采用恶意行为主动取款是不一样的,这种取款是在获知 ATM 机有故障的情况下,积极、恶意地实施取款,两者没有可比性。

另外,我要反问一下,为什么英国有这种姿态,我们就一定要有这种姿态?这种比

较是没必要的。

就案例而言,国外还有很多支持许霆构成犯罪的案例。比如,美国一家银行处理业务时,把一笔500万美元的款打到了一个人的账户里,这个人恶意使用了200万元。他知道这个款不是自己的,但是银行打到了他的账户里,他就使用了。

美国的这个案件现在已进入法院审理过程中了。我们为什么不用这个案件说明许霆行为构成犯罪呢?有些人就是喜欢找一些证明自己观点是对的而且都是无罪的案件,我认为是不妥当的。

把许霆的行为认定为犯罪,按照我的理解是符合立法精神的。现在财产罪中有一条侵占罪。侵占罪有三个对象:埋藏物、遗忘物和保管物。埋藏物、遗忘物和许霆案无关,按照许霆的说法是为银行保管财物,这个听起来有点荒谬。你委托我保管财物,我后来拒不归还、拒不交出,都可能构成犯罪。在许霆案中,没人委托许霆保管,他主动采取积极的恶意取款行为,你还认为这种行为不构成犯罪?因为恶性程度不一样,法律把恶性程度很小的、有可能构成犯罪的行为都规定在条文里面,而许霆这种恶性程度明显的行为,如不构成犯罪,从立法上是说不过去的。

最近很多人提出疑罪从无,许多专家都围绕这个东西谈了许多观点。关于这个问题,实际上也是对疑罪从无这个观点本身的一种曲解。疑罪从无更多的是从程序、证据以及从事实本身来看,而不是从法律本身。如果从法律上谈疑罪从无的话,任何案件只要一讨论,只要专家意见不一致,就可以疑罪从无。如果这样,专家就太厉害了。案件搞不定了,专家发表一个不同观点,疑罪从无;检察机关也可以打烊关门了,什么案件讨论一下就解决了!我认为,这不是疑罪从无,而是讨论从无。

另外,关于行为人认识错误的问题。许多专家都在对许霆案的性质问题展开大讨论,认为一个打工的人怎么可能在取款的时候认识到自己的行为是违法的。这种观点很有蛊惑性,我认为也是错误的。如果许霆在取款的时候不知道自己行为是违法的,我认为照样可以构成犯罪。更何况只要是智力正常的人不可能想到自己的行为不违法。而且,即使行为人认为不违法,但法律上的认识错误并不影响法律的适用。法律颁布以后,就视为行为人知道,在这种情况下,这种认识错误不影响具体的定性。

ATM机的故障不足以阻却许霆的刑事责任

赵　微*

2006年4月21日晚10时，被告人许霆到天河区黄埔大道某银行的ATM取款机取款，结果取出1 000元而银行卡账户里却只扣除了1元，于是许霆连续取款5.4万元。当晚，许霆回到住处，将此事告诉了同伴郭安山。两人随即再次前往提款，之后反复操作多次，许霆先后取款171笔，合计17.5万元；郭安山则取款1.8万元。事后，二人各携赃款潜逃，一年后许霆被捕获。2007年1月9日法院一审判决许霆犯盗窃罪，刑罚为无期徒刑。随之而来的是理论界与实务界的种种非议，除了定性上的争议外，量刑过重也是本案引起社会广泛关注的原因。被告人提起上诉，许霆盗窃一案经广东省高级人民法院裁定发回广州市中级人民法院重新审判后，中院另行组成合议庭于2007年2月22日再次公开开庭审理，公开宣判，认定被告人许霆犯盗窃(金融机构)罪，判处有期徒刑5年，并处罚金2万元；继续追缴被告人许霆未退还的犯罪所得173 826元。2008年8月20日，最高人民法院对许霆案的重审判决予以了核准。

对于许霆案，理论界所关注的问题集中在两个层面：其一，许霆的行为是否符合盗窃罪的构成条件？其二，ATM机是否属于金融机构？

笔者认为，许霆第一次从出现故障的ATM机上支取的1 000元(实际上多得999元)属于不当得利，而第二次以后的行为便符合盗窃罪的构成条件，明知ATM机出现故障而积极主动反复多次提款的行为无论在客观上还是在主观上都不具有合法性，至于学者们争议的焦点问题——许霆是否属于“秘密窃取”，这属于“秘密窃取”在盗窃罪构成要件中的理论误读所致的连锁反应，并不足以阻却其盗窃罪的成立，加之特别巨大的数额，其刑事责任在所难免。行为的刑事惩罚性取决于刑事责任的大小，而刑事责任的前提条件是行为符合某一犯罪的构成要件。

一、许霆的行为符合盗窃罪的客观要件

虽然学术界对许霆的行为众说纷纭，曾经出现过“不当得利说”、“无效交易说”、“银行过错说”、“不具备期待可能性说”等无罪论观点，但是，笔者不能苟同。上述观点

---

* 大连海事大学法学院院长，教授。

都以 ATM 机的故障为由否定许霆的刑事责任，未免过于牵强。众所周知的一个逻辑关系：机器的错误并不是许霆获得份外利益的充分条件，充其量只是一个必要条件。如果许霆没有主观的恶意占有和客观的积极作为，机器不会主动追赶他并把额外的金钱硬塞给他，这一点正是盗窃罪与不当得利的实质差别。换言之，人的意志是相对自由的，如果人不去恶意地反复利用发生故障的机器便不会导致银行的巨额财产损失，银行的过错只能是为许霆的盗窃犯罪提供了客观的必要条件，如果其主观上没有非法占有的故意，也不会导致银行的 17 万元的损失。当然，是否构成盗窃罪还有一个争议较大的关键性问题，即许霆的取款行为是否符合盗窃罪的基本构成要件——“秘密窃取”。

（一）“秘密窃取”在盗窃罪构成要件中的理解与认识

我国现行《刑法》第 264 条规定的盗窃罪采取简单罪状的形式，理论界通常把“秘密窃取”当作盗窃罪的客观要件，并进一步解释为行为人采取自认为不被财产持有者或所有人所知的秘密手段取得他人财物。于是，在这一前提下所谓的“秘密”并非指不为人所知的行为或事件，而是自认为自己的非法占有行为不为财产所有人或持有者当场所知，严格讲这并非是一个客观要素而是一个主观要素，是行为人个人的主观想法，事实上财产的所有人或持有者可能明知自己的财产被盗窃的事实过程（有可能是不敢反抗而佯装不知），客观的“秘密”当然已经不复存在。那么，所谓盗窃罪的“秘密”究竟何在？这个问题值得刑法理论界进一步研讨和界定。笔者认为，如果把客观的“秘密”转化为行为人的主观认识，所谓的“秘密”就应当包含在盗窃罪的主观要件之中，即行为人自认的秘密必须存在，否则便构成抢劫罪或抢夺罪，而不是盗窃罪。那么盗窃罪的“秘密”是否有客观的元素呢？相对财产所有人或持有者而言，“秘密”是专指违背财产所有人或持有者的意志而取走占有或消耗财产的行为，核心的问题是违背财产所有人或持有者的意志。可见，以往我们对盗窃罪中“秘密窃取”的理解局限于客观要件有失偏颇。“秘密窃取”既见于盗窃罪的客观方面要件之中，也见于盗窃罪的主观要件之中，是盗窃罪的混合要素。在客观上，“秘密窃取”是指行为人违背财产所有人或持有者的意志，破坏他人对财物的控制支配关系，并建立起自己或第三人对财物的控制支配关系，在德日刑法中解释为“以和平方式”取得；在主观上，“秘密窃取”是指行为人自认为财产所有人或持有者不知晓自己的不法行为（当然，这一主观要素不排斥行为人非法占有的故意）。

（二）许霆的行为恰恰属于盗窃罪中“秘密窃取”

本案当事人许霆的取款行为应当分为两个时段来认识，第一次提款时没有非法占有的故意，在正常操作下出现了非正常的结果，客观上也没有不法占有的行为，银行的过错是导致其不当得利 999 元钱的根本原因。第二个时段就不同了，许霆在明知 ATM 机出现操作故障的前提下反复对机器下达提款命令，其行为的后果他事先有明确的认

识,虽然在客观上早晚会被银行所发现并掌握(否则他不会提款后立即潜逃),但是,他本人却认为不会被银行立即察觉,因而他才会心存侥幸地反复实施同样的行为,并在多拿多占之后潜逃。如前所述,许霆在非法占有心理的驱使下反复实施提款行为,自认为其行为不会被银行所知,符合盗窃罪的主观要件,因ATM机出现操作故障而额外多付给许霆的款项自然是违背银行意志的,符合客观的秘密窃取之条件,其行为构成盗窃罪自不待言。有学者为许霆辩解道:“向银行提出多大金额的取款请求是储户(许霆)的权利,银行给不给款是银行的权利。银行是否同意给款,银行的给款是不是银行的真实意思表示,储户(许霆)没有义务去辨别,储户只认结果(给款还是不给款)。只要是银行给付款项,就不存在盗窃罪中所指的‘秘密’和‘窃取’,不违反银行的意志。”①这种观点忽视了行为人的主观认识和意志因素,实际上,许霆完全清楚ATM机的故障运行状况,他主观心理的非法占有故意不言自明,一个身心正常的营业员只会在偶然的情况下出现过错,并且其过错不易重复,而ATM机的故障却是出现在程序问题上,如果不改变程序便自然会错误地延续其额外付款的行为,这正是人与机器的本质不同,许霆正是利用了机器操作可重复错误的弊端,连续多次地实施其不法占有的行为。

(三)许霆并非事先“合法持有”,不符合侵占罪的客观要件

有学者认为,“他人交给”法理上包括“他人自愿交给”和“他人错误交给”。ATM机错误付款可视为“他人错误交给”,从而以侵占罪处以轻刑。②笔者认为这种说法一方面混淆了侵占罪的行为对象,另一方面混淆了“错误”的主体。侵占罪的犯罪对象包括托管物、遗忘物和埋藏物,而银行的现金不属于前三项犯罪对象之范围。再者,本案从表面上看是ATM机出了错,额外付出大额款项,但是,机器是由人操纵的,如果人不去操作,机器的错误便不会再次重复发生,如果说许霆第一次提款是发现错误,其错在于机器,那么其第二次以后的提款便是实施错误,其错自然在于许霆本人而非机器了。正如我们在宾馆用自己的门卡意外地打开了他人的房门,第一次错误不在于行为人,而第二次有意再打开这道门并不经主人的允许而反复多次拿走房间内的财产,其错误就在于行为人积极主动的开门和拿取行为,而不在于房门设置程序的疏漏,因为其程序错误不足以致使房间内的财产转移到他人的控制之下,只有在人的积极行为之下才会造成他人财产的损失。

二、许霆的行为符合盗窃罪的主观要件

盗窃罪的主观要件是故意,具有明确的非法占有的认识和意志因素。

---

① 载http://www.dffy.com/fayanguancha/sd/200804/20080427120804-2.htm.

② 参见:http://finance.jinghua.cn/c/200712/23/n596974.shtml.

（一）许霆明知 ATM 机额外吐出的现金违背银行的意志

许霆在明知自己的行为必然损害银行的经济利益的前提下，积极主动予以实施，希望该结果发生，完全符合盗窃罪的主观要件。

有学者认为 ATM 机可以代表银行，银行付错款，客户贪便宜多拿了钱，就是一种民事行为。① 笔者不同意这种观点，因为 ATM 机并非所有时刻都真实地反映银行的意志，当其不能真实表达银行的意愿时便不能代表银行履行相应的职责。也有学者从另一角度阐述了 ATM 机与银行的关系："与自然人柜员不同的是，ATM 不具备意思主体资格，它既非自然人，也非法人，甚至不是民诉法上讲的其他组织。所以自然人柜员的行为产生的法律后果可以适用代理制度由银行承担，而 ATM 则不能。自然人柜员可能有行为能力问题，而 ATM 没有。"②所以，机器的错误不能代表银行的意志，银行没有授予 ATM 机任意处理其财产的权力，ATM 多付出的现金并非银行的真实意思表示，许霆明知多提多占的款项不是银行愿意付出的而积极主动去实施，其主观非法占有的恶意一目了然。

（二）许霆积极追求并希望危害结果的发生

就机器人原理来说，ATM 机没有自然人的"意识模糊"或"疏忽"的问题，虽然在表面上看 ATM 机是在"意识清醒"的状态下"故意"把钱多输出给许霆的，而不是在意识模糊的状态下因为疏忽把钱多输出给许霆的，但是该行为却违背了其身后的监护人——银行的主观意志。对于这一点许霆是非常明确的，其携款潜逃就是最好的证明。出现故障的 ATM 机如同精神病妇女一样丧失理性，甚至会主动引诱他人与其发生性行为，我们能以此为借口而免去强奸犯的刑事责任吗？如果说第一次与其发生关系对该妇女的精神状况没有明确的主观认识，可以不负刑事责任，那么第二次、第三次再与其发生性行为就在劫难逃了，因为行为人的主观恶意已经非常明显，他是在利用无行为能力人的无知或错误而满足个人的欲望，这种积极的追求与希望或放任的心理态度完全符合盗窃罪的主观要件。

（三）许霆的行为不能以期待可能性来衡量

期待可能性是大陆刑法理论中阻却刑事责任的一种理论，实质上具有超然于法律之上从人性的角度进行道德判断的意味。就许霆的行为来讲，不存在期待可能性问题，机器的引诱不是其盗窃的充分理由，一个正常的理性人应当具备抵御各种诱惑的能力和义务，我们的社会道德不鼓励如此的道德放纵行为。如果以期待可能性来阻却其刑事责任，便意味着我们的社会道德允许见利忘义，只要你有了欲望，便可随时乘虚而入而满足个人的需要，只要有人拿金钱与他人进行权钱交易，该人就能够以抵御不

---

① 参见：http://www.dffy.com/faxuejieti/xs/200807/20080702101334.htm.

② 载 http://www.dffy.com/fayanguancha/sh/200804/20080416202312.htm.

了诱惑为由而欣然接受,只要有精神病人引诱他人发生性关系,男性公民便可免去强奸的罪责,这将会是怎样的一个社会?

三、ATM 机不能代表《刑法》第 264 条所指的“金融机构”

我国现行刑事立法没有对“金融机构”进行解释,最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条中对“盗窃金融机构”做了一个概括性的解释,即指“盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”这一解释虽然列举了盗窃金融机构的犯罪对象,但是实质上并没有明确金融机构的范围,并导致一系列尴尬的问题,比如,盗窃银行的运钞车是否属于盗窃金融机构?盗窃银行设置的 ATM 机是否属于盗窃金融机构?《刑法》第 264 条所指的金融机构能否涵盖所有与银行相关的部门或设施?

盗窃银行的运钞车要区分不同情况有区别地对待,首先看车内是否有现金,其次还要查明被告人是否清楚车内的现金状况。如果行为人明知车内没有现金而盗窃车辆用于交通运输(比如夜间盗窃运钞车),则只能认定为一般的盗窃罪。如果该运钞车是在运送现金的正常工作时段而被盗走的,应当认定为盗窃金融机构。这一推理过程类似于破坏交通工具罪的认定,盗窃车内部件而足以使交通工具发生倾覆毁坏的危险的,便应当认定为破坏交通工具罪;如果盗窃车辆的部件不足以危害公共安全的,可直接定一般的盗窃罪。

我国《刑法》第 264 条专门规定的盗窃金融机构罪,其根本目的是加大对金融机构的保护,使其能够正常有序地运转。然而,银行的所有部门或设施并非都是刑法所特指的金融机构,只有盗窃银行的中枢神经,才会触动或影响其机构的正常运行,并造成严重的社会危害。ATM 机不能代表《刑法》第 264 条所指的金融机构,它在银行的系统之中只是一个周围神经,不在银行职员的直接监管之下,其职责只是按程序付款,由于机器没有人的理性或情感,对 ATM 机实施任何暴力或暴力威胁也不会构成抢劫罪,其最大的损失也不过是机器内现存的金额,不会扰乱金融机构的管理秩序。而银行的中枢组织部门则不同,可谓牵一发而动全身,虽然盗窃的数额可能不是很大,但是对金融秩序的破坏力远远超过盗窃 ATM 机。一个类似的例子,盗窃大街上公用电话机上的电线,不同于盗窃使用中的电路电线,因为使用中的电线是通信的中枢神经,直接影响到公共安全,而街头公用电话机上的电线是通信的终端,只会造成直接财产的损失而不会侵害其他利益。总之,盗窃 ATM 机在犯罪的客体上仅仅是侵犯了财产所有权,而盗窃金融机构的中枢神经侵犯的则是银行的正常运行和管理秩序,对这两种不同的犯罪客体要予以厘定,不能片面或教条化地理解“金融机构”的特定概念,许霆只能构成一般的盗窃罪,以盗窃金融机构定罪有小题大做之嫌。

许霆案定性的理性思考

王志祥[*]　姚　兵[**]

自2007年10月以来被炒得沸沸扬扬的许霆案，已由广东省高级人民法院以终审裁定维持重审一审判决，被告人许霆犯盗窃罪，判处有期徒刑5年，并处罚金2万元。2008年8月20日，最高人民法院核准了广东省高级人民法院的终审裁定。引起社会普遍关注、被赋予某种司法象征意义的许霆案，至此已基本上尘埃落定。现在回过头来做一次全面梳理，重新检视和反思涉及本案的各种观点，可谓正当其时。在本文中，笔者首先盘点在罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪问题上的种种观点，然后在逐一反驳和剖析这些观点的同时完成对许霆案构成“盗窃金融机构”的论证，最后针对本案折射出的立法问题提出完善建议。

一、罪与非罪

许霆案经媒体披露之后，立即在社会上引起超乎寻常的关注。很多人都认为许霆实施的行为不构成犯罪，其理由总结起来大致包括银行过错、法无明文规定、偶然行为和不当得利四种。笔者认为，这四种理由都难以成立。

（一）银行过错并不能成为否认许霆案构成犯罪的托词

有学者认为，从许霆实施行为的原因看，显然是由于ATM机出现错误引起的。如果银行设立的ATM机不出错误，就不可能出现许霆恶意多取现金的行为。ATM机的这一错误是客观事实，是我们无法否认的。从这个意义上讲，说银行或者说ATM机对许霆的行为起了诱导作用，一点也不过分。即便说许霆的行为是一个错误，那也是一个多数人都会犯的错误。既然是多数人都会犯的错误，按照法不责众的原则，就不应当进行刑事处罚。① 有报刊文章认为，无论许霆的行为是否属于“恶意”，其行为都只是违规支取现金，而非刑事犯罪。因为柜员机的程序出错，使得许霆的个人账户从一个只能在余额内取现的银行卡，变成了一个可以超额取现的特殊账户。许霆在发现这一

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师，法学博士、博士后。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院2007级刑法专业博士研究生。

① 参见侯国云、么惠君：《许霆取款行为不应以犯罪论处》，载《法制日报》2008年1月20日第14版。

特殊现象后,进入他自己的个人账户实施了超额取款。作为储户,公开取走自己账户内(而非他人账户内)的资金,并不符合公诉人所指控的盗窃罪的构成要件。[①] 有论者立足于国外司法实践,指出英国曾有两个案例与本案极为相似,但不仅众多的取款者未受刑事追究,且银行也并未索回损失,而是自行承担了责任。[②]

从案件事实本身来分析,虽然许霆得以多次取款的前提是因为银行的 ATM 机出现故障,但由此并不能否定许霆的行为具有社会危害性。根据刑法基本理论,犯罪的本质特征是社会危害性,而社会危害性的判断标准在于行为的客观危害和行为人的主观恶性。许霆的行为客观上造成被害方银行的财产损失,主观上具有非法占有他人财物的故意,其社会危害性显而易见。至于被害方银行的过错,对于本案的定性来说并没有决定意义。因为犯罪加害与被害之间并非是一个简单的过错相抵问题,不能因为被害方有过错就一概否认加害方行为的犯罪性质。举个例子,被害妇女衣着暴露甚至裸体,并不能成为否定强奸犯罪性质的理由。说到银行过错起到诱使许霆实施犯罪这一点,笔者想要反问,又有哪种犯罪(至少是贪利犯罪)的行为人犯罪前不是面对现实生活中的诱惑呢?难道都能因为受到诱惑就不作为犯罪处理吗?这种说法的荒谬之处不言自明。至于前述"银行过错说"主张者提出的银行过错导致许霆的账户变为一个特殊账户因而许霆取走的钱是自己账户内存款的说法,更是不值一驳。试想,别人误认为你是百万富翁你就真的顷刻暴富了吗?许霆如果认为自己所取的现金是自己账户中应有的财产,又何必一夜之间将所有钱款悉数取光呢?有学者认为,用刑事诉讼中的"警察圈套"理论来分析,如果 ATM 机能正常工作,则许霆也不可能去"盗窃"ATM 机这个"金融机构"。被告人的犯意产生在发现 ATM 机存在故障之后,ATM 机的失常诱使了一个正常的公民临时产生了犯罪意图,而不是让一个本来就有犯罪意图的嫌疑人,在犯罪机会来临时充分暴露了其犯罪意图。[③] 关于这种看法,需要说明两个问题。一是警察圈套属于特别侦查措施,是通过预先设计诱使行为人实施犯罪活动,其本身具有精心谋划的特点。在许霆案中,银行 ATM 机出错并非特别针对许霆取款的行为,而是恰巧在许霆取款时 ATM 机出现故障,因此银行虽有疏忽之责,但绝非故意诱使许霆实施犯罪。[④] 因此,套用"警察圈套"来分析许霆案,根本是驴唇不对马嘴。二是行为人是在实施犯罪之前有预谋,还是在行为当时临时起意,并不影响行为性质的认定,充其量只能作为酌定量刑情节在量刑时给予考虑。许霆发现 ATM 机发生故障后临时起意非法占有他人财物,就如同在发现他人没锁门后意图进屋盗窃一样,不能因为行为人是临时产生犯罪意图而改变其行为性质。从国外的案例来看,应当说对利

---

① 参见王琳:《抢购错价商品无罪,那么许霆呢?》,载《东方早报》2008 年 3 月 1 日第 11 版。

② 参见万静:《恶意取款案成热点　专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版。

③ 参见王琳:《我们都可能是下一个许霆》,载《南方都市报》2007 年 12 月 18 日第 31 版。

④ 至于许霆客观上是否受到诱惑自然又另当别论,但这并不影响对银行过错的主观评价。

用自动柜员机故障恶意取款的行为是否作为犯罪处罚,还没有统一的看法。不追究刑事责任者固然有之,但定罪判刑的例子也不鲜见。如2002年8月份,英国一家银行电脑故障,导致其ATM机“狂吐”五天,朱伯特一家人取走了13.441万英镑,朱伯特和他的女儿被判15个月监禁,儿子被判12个月监禁。①

(二)法无明文规定不能成为否定许霆案构成犯罪的借口

侯国云教授和田文昌律师认为,许霆的行为有一定的社会危害性,但却是一种全新的行为,对这种全新的行为刑法中没有规定,因而依照罪刑法定原则,不能以犯罪论处。② 另有学者认为,许霆实施的行为属于法无明文规定的情形,稍微运用一点法理,依照权利推定和罪刑法定原则,也不会推导出“盗窃罪”的结论。③ 对本案理性地对待应该是,相关银行在发现许霆多取钱款后及时向人民法院提起民事诉讼,依法向许霆追讨多取的钱款,人民法院根据查明的案件事实依法作出判决。如果许霆拒不履行人民法院生效的判决,则可在强制执行的同时,再另行科处其拒不执行判决罪。④

必须明确的是,任何法律条文都是一种类型性规定,不可能一一列举其所意图涵盖的所有具体生活事实。“立法者的任务便是在立法过程中,去描述生活事实中反复出现的各种类型,并借助抽象概念作为制定法建构之外形,将其制定成为法律规范,因此规范类型乃成为制定法背后的存在基础;而司法者则必须在适用法律时,在法律规范所意涵的类型中掌握生活事实,以便对其加以正确评价,以刑法为例,法律判决的作成,就必须不断地探求为制定法(法律构成要件)基础的不法类型,以求正确评价其所面临的生活事实。”⑤因此,当现实生活中出现某一具体行为时,特别是出现“非典型”的有别于通常认识的事实后,我们应当透过现象挖掘背后的行为本质,以便在事实与规范之间进行同一性判断,而不是以一句简单的“法无明文规定”敷衍了事。如果按照论者的思维,那么恐怕任何具体事实都难以真正成为刑法规范的规制对象。例如,1997年《刑法》第232条只规定“故意杀人的,处……”,既没有规定杀人的行为是作为还是不作为,也没有规定杀人的具体工具、方法、时间、地点,更没有规定被害对象是富翁还是穷人,难道实践中的杀人案件都能以“法无明文规定”开脱吗?至于有学者提出可以先对许霆提起民事诉讼,如果其不履行还款判决再追究其拒不执行判决罪的刑事责任的观点,实在是让人啼笑皆非。不在许霆案本身的事实情节上下工夫,仅以“法无明文规定”一笔带过,反倒“未雨绸缪”地构想追究被告人拒不执行判决罪的刑事责任,

① 参见李克杰:《别用英国版“许霆案”误导民众》,载《检察日报》2008年3月26日第6版。

② 参见万静:《恶意取款案成热点　专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008年2月3日第8版。

③ 看来学界不少主张定盗窃罪的同仁,包括笔者在内,都被论者归入了一点都不懂“法理”、悍然践踏“权利推定和罪刑法定原则”之流!

④ 参见李道军:《对许霆案的深层解读》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

⑤ 〔德〕亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第13页。

实属本末倒置。

(三)偶然行为不能成为否定许霆案构成犯罪的理由

有学者认为,刑法只适用于必然性行为,不适用于偶然性行为。法律,尤其是刑法,只能以必然性行为、多发行为为适用对象。许霆的行为是一个偶发行为,或者说是一个偶发事件。因为许霆行为的先决条件是ATM机出现问题,而ATM机出现问题是一种偶发事件。这么多年,就出现过一起此种案件,这本身就说明这是一种偶发行为。把刑法适用于偶发行为,是对刑法的滥用,也是对刑法资源的浪费。况且,不对许霆的行为以犯罪论处,类似的行为并不会再次发生,不单是许霆不会再次实施此种行为,就是社会上一般的人也不会再实施此种行为。因此,从预防犯罪的刑罚目的考虑也没有必要对许霆动用刑罚。①

姑且不论国外已经发生的案件早已证明利用银行自动取款设备出错而大肆提款者屡见不鲜②,就是在国内,只要在网络上简单搜索,即有"云南版许霆案"、"宁波版许霆案"、"西安版许霆案"等诸多类似案件,甚至出现了"电信版许霆案"等其他类型的利用自动服务设备出错或漏洞恶意获利的行为。看来,许霆实施的行为(包括类似行为)在现实生活中不是没有再现的机会,而且可以肯定地说,随着银行自动服务业务的进一步普及,这类案件只会增多而不会减少。因此,从刑罚一般预防的角度看,将许霆实施的行为纳入刑法的调整范围具有现实意义。而且,论者又凭什么断定许霆本人不会重复实施这种行为,不要忘记,许霆在案发当晚就进行了171次操作!退一步讲,就算认为许霆案属于偶发事件,那我们要问,难道不具有普遍性的行为就一定没有刑法介入的余地吗?想想看,1997年《刑法》第105条规定的颠覆国家政权罪,我们经常举的母亲拒绝给自己的婴儿哺乳而致其死亡的不作为故意杀人例子,在当代现实生活中发生的几率又有多高呢?这些行为同样属于刑法规制的对象,一旦发生无疑就可能动用刑罚手段。原因很简单,刑法是否介入主要不是考虑现实生活中行为发生几率的高低,而是取决于立法者对行为危害性的判断以及司法者对行为类型性的解释。

(四)不当得利不能成为否认许霆案构成犯罪的辩解

许霆案的重审辩护律师杨振平坚称许霆的行为不具备构成"盗窃罪"的条件,许霆并未进入金融机构内部,他的行为不具有秘密性,应当是民法意义上的"无效交易"行为。许霆是以真实的身份、在公开场所取钱,没有盗窃罪的"秘密窃取"特征。许霆以自己的电子身份对取款机发出指令,是一种要约,取款机随后对要约作出回应,属于正

---

① 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

② 英国赫尔市的多部提款机18日出现异常"错乱行为":取一赠一,双倍吐钱。得知此消息的当地居民呼朋唤友,人数达100人,大家井井有条地排成队,迅速将钱提取一空。参见《中国青年报》2008年3月21日报道。

常合法的交易过程。许霆的行为不应在刑法调整范围内，仅可算是民法中的不当得利。[①] 有学者认为，许霆前往 ATM 机取钱相对于其本人前往银行柜台取钱，两者虽有形式上的不同，但在法律属性的本质上完全一样。ATM 机因发生故障多吐出钱款，如同银行柜员发生差错，多付给客户钱款一样。由于 ATM 机发生故障，对许霆的账户未作及时扣除，许霆根据卡上的记载，继续提款取钱，这在形式上是被允许的，这是他的权利。许霆取款后，银行没有及时扣除已提取的数额，这是银行的过错，许霆没有纠正他人过错的法律义务。因此，许霆的行为并没有超出民法的调整范围，没有必要通过刑法加以评价，以至于需要运用刑罚来加以惩罚。许霆的行为完全符合不当得利的构成要件，应纳入民法的调整范围。许霆后续的行为违反了民法的诚实信用原则，从 ATM 机上提取的行为，因主观上具有致使银行利益受损的目的，属于恶意受益，符合恶意不当得利的构成要件。[②]

《民法通则》第 92 条规定："没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。"民法学界的通说观点认为，从利益取得的角度划分，不当得利包括两种类型：一是因给付而发生的不当得利，即当事人一方为实现给付的法律目的为给付行为，而其法律目的又欠缺时，则另一方因该给付所取得的利益无合法根据而构成不当得利；二是基于给付以外的事实而发生的不当得利，包括基于受益人自己的行为而发生的不当得利、基于受损人的行为而发生的不当得利、基于第三人的行为而发生的不当得利和基于自然事件而发生的不当得利。其中，基于受益人自己的行为而发生的不当得利是因受益人侵害他人的合法权益发生的，因此，这种情形下受益人的行为也可能构成侵权行为。[③] 当出现这种情况时，认定受益人的行为是构成不当得利还是侵权行为，应主要依循二者的构成要件加以判断。在侵害他人权益之场合，成立侵权行为须具备加害人的故意或者过失、行为不法性、损害和因果关系等四要件，其目的在于直接填补相对人所发生的损害；在侵害他人权益之场合，成立不当得利的构成要件较为单纯，以加害人一方受益、受益无法律上的原因和致他人损害为要件，不以受益人的主观恶意为要件，其目的在于返还受益人所受利益，而非填补相对人的损失。[④] 根据这一思路来分析许霆案，如果说许霆起初不知 ATM 机发生故障，其第一次取款后将多得的 999 元据为己有还属于不当得利的话，那么在他发现 ATM 机故障之后连续进行的 170 次取款行为，则无论如何也不能成立不当得利。因为许霆发现 ATM 机故障后继续取款的行为，主观上具有明显的非法占有他人财物的恶意，客观上

---

① 参见张景华：《"许霆案"期待突破法律困惑 获取法律和社会效果俱佳判决》，载《光明日报》2008 年 3 月 31 日第 9 版。

② 参见杨兴培：《"许霆案"的技术分析及其法理思考》，载《法学》2008 年第 3 期，第 57—58 页。

③ 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 575—577 页。

④ 参见邹海林：《侵害他人权益之不当得利及其相关问题》，载《法学研究》1996 年第 5 期，第 156 页。

通过不法手段多次取款造成银行财产损失,无疑构成侵权行为,而严重的侵权行为就可能构成犯罪。至于前述论者提到的“恶意不当得利”,则正如有民法学者指出的那样,这种观点没有弄清善意的不当得利与恶意的不当得利之间的真正区别。其实,许霆第一次取款构成的就是恶意的不当得利,因为当他取得款项后,当时就已经知晓获得了额外利益。民法上的恶意,不过是指知晓某种情形存在的心理状态而已。恶意的不当得利应当全额返还。因此,许霆须全部返还第一次取款时的不当得利。获取不当得利,必须是意外被动的获得。如果采取故意的主动的行为去额外获取他人利益,不能认定为构成不当得利。①

二、此罪与彼罪

在学界,特别是刑法学者,还是普遍承认许霆的行为构成犯罪。但问题是,具体成立何种犯罪,则又有不同看法。综观报刊杂志刊登的学者观点,总结起来分歧大致有如下几种:

(一)诈骗罪(或信用卡诈骗罪)

谢望原教授认为,从学理上来看,利用信用卡从ATM机上非法套取钱款,完全符合诈骗罪的本质特征,对此类行为按照诈骗定性更符合逻辑。毫无疑问,诈骗罪的本质特征就是以不诚实的手段骗取不属于自己的有价值之物,而不在于被欺骗的对象是聪明的成年人还是认识能力尚未发育成熟的幼童,抑或机器人。ATM机实际上就是柜员制度中的负责存取款的自动柜员(机器人)。由于ATM机完全代行了银行柜员的职能,对ATM机器人的欺骗本质上就是对银行柜员的欺骗。而利用ATM机的错误非法套取银行钱款,正如行为人使用小额票面值的钞票哄骗无知幼童(如把10元钞票说成100元钞票),进而骗取其价值较大之物品一样,这种行为事实上就是不诚实地骗取了银行钱款。本案的特点是行为人利用了银行卡,同时利用了ATM机的程序错误。但实质上仍然是行为人对ATM机进行了不诚实的欺诈性操作。因而,许霆的行为属于以银行卡作为工具的诈骗钱款,符合《刑法》第266条规定的普通诈骗罪构成要件,而不符合第196条专条规定的信用卡诈骗罪的客观构成要件。② 刘明祥教授则认为,由于ATM机出故障,本来许霆卡上只有170余元的存款,他却分多次取走了17万余元现金。但其每次取款,都是将自己卡上的有关信息输入ATM机的信息系统后,因ATM机的信息系统作出错误判断而将钱款送到ATM机外部窗口使之取得的,并非是其将ATM机砸毁或撬开后直接从中拿走了现金,因此,不可能构成盗窃罪,而有可能构成《刑法》第196条规定的信用卡诈骗罪,属于该条第1款第(4)项所指的“恶意透支”的

① 参见陈甦:《失灵柜员机取款案的民法分析》,载《人民法院报》2008年1月17日第5版。
② 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

情形。根据全国人大常委会作出的《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》,我国刑法中的“信用卡”是从广义而言的,包含借记卡,但普通的借记卡并不具有透支的功能。由于ATM机出故障,许霆所用借记卡能够在自己卡中仅存170余元的情况下取出17万余元现金,表明其借记卡已具有了透支的功能(即在卡中无存款记录的情况下先支取钱款)。如果他是以非法占有为目的,经发卡银行催收后仍不归还,那就是恶意透支。①

刑法理论通说认为,诈骗罪是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物,数额较大的行为。根据刑法理论,诈骗罪的客观构造是:行为人以非法占有之目的实施欺诈行为——相对方产生错误认识——相对方基于错误认识“自愿”处分财物——行为人获得财物——被害人遭受损失。作为诈骗罪的特殊类型,信用卡诈骗罪同样具备这一客观构造。在许霆案中,许霆使用的是自己的银行卡,输入的是真实的密码,不存在“虚构事实、隐瞒真相”的问题。ATM机之所以“自愿”让许霆将钱取走,不是因为受到许霆的欺诈,而是因为机器故障导致自身在执行任务中出现错误,没有准确扣除许霆的真实取款金额,因而造成财产损失。所以,许霆案不构成诈骗罪或信用卡诈骗罪,关键在于许霆实施的行为不具备诈骗罪“虚构事实、隐瞒真相”这一客观构成要件要素。至于刘明祥教授提到的许霆使用的本是借记卡,原不具有透支功能,但因ATM机出错就使其具有了透支功能的说法,则过于荒诞。我们很难想象,一张借记卡时而具有透支功能,时而没有透支功能,而这却取决于银行ATM机是否出错。关于本案定性诈骗罪或信用卡诈骗罪的讨论,还有必要涉及机器能否被骗的问题。不论是主张定诈骗罪的谢望原教授,还是主张定信用卡诈骗罪的刘明祥教授,其得出结论的前提都是机器可以被骗,因为许霆面对的是ATM机器而不是柜台后有血有肉的服务员。对此,有主张定盗窃罪的学者提出反对意见,认为ATM机不存在被骗的问题。因为所谓“认识错误”是指主观上的认识与客观上的事实产生了偏差,而主观上的“认识”是以具备认识能力为前提的。ATM不具有为人所专有的“认识能力”,也就不存在产生“认识错误”的问题,所以也就无所谓“被骗”。② 在笔者看来,“机器能否被骗”本身就是个伪问题。在传统的诈骗罪中,自然人被害人由于生理感官获取虚假信息后直接经由大脑作出不符合客观事实的反应,因而产生错误认识交付财物。在高度发达的当代社会,人类在获取信息、作出反应时不再直接依赖生理感官和大脑系统,而往往借助现代化的工具,各种自动化设备就是典型代表。自动化设备的程序是人设定的,工具执行的是人的意志;当ATM机不能识别真假、发生系统故障时,只能认为是人的信息收集和意思决定系统出现了问题,与“眼花、耳背、思维混乱、大脑

---

① 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款的定性分析》,载《检察日报》2008年1月8日第3版。

② 参见付立庆:《“利用ATM故障恶意取款案”法律性质辨析》,载《法学》2008年第2期,第9页。

短路”没有什么区别。所以,认为ATM机缺乏人特有的“认识能力”没有错误,但不能就此得出在涉及机器时不能认定被骗的结论。实际上,根本就无所谓“机器被骗”,本质上还是“人被骗”。只是在传统诈骗罪中人被骗具有直接性、直观性,而在涉及机器的场合人被骗具有间接性、中介性。因此,在笔者看来,许霆案之所以不构成诈骗罪或信用卡诈骗罪,问题不在于机器能否被骗,而在于许霆根本就没有骗。

(二)侵占罪

笔者发现,在认为许霆案构成侵占罪的观点中,实际上存在两种思路:一种思路是在犯罪对象上下工夫,竭力论证许霆提取的17.5万元属于“遗忘物”,因此许霆的行为构成侵占罪;另一种思路关注的焦点是实行行为,通过将许霆的行为分割为“插真卡输密码”和“从出款口取钱”两部分,对其分别进行评价,以此来证明许霆案构成侵占罪。对此,笔者下面将逐一给予评述。

1. 许霆案的一审辩护律师认为,在柜员机出现错误的场合,由于“银行没有足够时间追回款项,只是因为周末而错过,因此可以将这17.5万元视为‘遗忘物’,许霆的离开行为仅构成侵占罪。”①有学者认为,在ATM机安装的空间中,人员流动性太大,一旦财物从ATM机上自动弹出,从类型上看与财物掉到大街上无区别,属同一类型。所以,当ATM机因故障而自动弹出财物时,某人拿走这些财物在行为类型上与拾得他人遗失物相同,拒不交出,应构成侵占罪。许霆案中取1000块钱卡中扣1块钱后拿走1000元钱与取1块钱ATM机自动弹出1000块钱后拿走1000元钱行为类型是同一的。如果后者与典型的拾得他人遗忘物是同一行为类型的话,则许霆行为就应构成侵占罪。行为人取1块钱但是ATM机却弹出1000块钱,那么多出的999元属于ATM机自动弹出,弹出后的999元钱银行已失去占有,拿走这999元钱对于行为人而言,完全等同于拾到他人的遗失物的行为类型,拒不交出当然应构成侵占罪。所以,如果按逻辑逆向推导结论就是:拾得遗失物与取1块钱ATM机自动弹出1000元钱后拿走是同一行为类型,取1块钱ATM机自动弹出1000元钱后拿走与取1000元钱卡中只扣1元钱后拿走1000元钱是同一行为类型,则拾得遗失物与取1000元钱卡中只扣1元钱后拿走1000元钱是同一行为类型,所以,许霆的行为符合拾得遗失物的行为类型,应构成侵占罪。②

笔者认为,遗忘物是指由于财物所有人或持有人有意识地将财物放置于特定场所,因一时疏忽而忘记拿走,而暂时失去控制的财物。在许霆案中,ATM机出现的故障使得银行对其资金的管理处在一种相对松懈的状态,但银行并未从根本上失去对其资金的控制,因为ATM机并未自动吐出钱款。而钱款之所以到许霆手中,是由于其在非

---

① 参见黄琼:《男子趁ATM机出错恶意提款171次被判无期》,载《新快报》2007年12月17日第3版。

② 参见董玉庭:《ATM机上非正常取款行为的刑法学分析——兼论类型分析方法在刑法解释学中的运用》,载《人民检察》2008年第8期,第59页。在该文中,作者在同一意义上使用遗忘物和遗失物。

法占有 ATM 机所掌控资金的目的的支配之下，利用 ATM 机所存在的故障，实施多次“取款”行为所致。银行失去对 ATM 机中资金的控制，是由于许霆积极主动的行为造成的，因而是一种事后状态，而并非事发当时的状态。而遗忘物中所涉及的失控状态，只能是行为人实施行为当时财物所有人或持有人对财物失去控制的状态。因此，尽管 ATM 机出现故障，这并未使得 ATM 机中的钱款由此成为遗忘物。上述观点认为，财物从 ATM 机上自动弹出，因此属于遗忘物。这与事实显然是不符的。实际上，许霆手中的钱款绝非由 ATM 机自动弹出，而是在其主动创造条件的情况下被动弹出的。

2. 有学者认为，在许霆案中，许霆实施了插真卡输密码、从出款口拿钱两个积极的身体举动和拒不返还从出款口拿的钱、拒不偿还少扣余额。其中，“插真卡输密码”无刑法评价意义，“从出款口拿钱”属于侵占脱离银行占有的遗忘物，“拒不返还、拒不偿还”是侵占罪的评价内容。①

笔者认为，插真卡输密码和从出款口拿钱是许霆案中前后紧密相接的身体举动，二者之间存在手段与目的的关系。很显然，没有插真卡输密码的积极举动，许霆是不可能取得钱款的。固然，就一般意义而言，插真卡输密码是正常交易活动的表现，没有刑法评价意义，因为纳入刑法评价视野的行为只能是能够造成法益侵害或侵害危险的行为。而许霆案的情况则与此不同。当许霆发现 ATM 机出现反常记载时，会意识到其后续的取款并非是在和银行进行正常交易活动，而是欲利用 ATM 的故障获得额外的钱款。而事实上，在许霆后续取款的一系列举动的实施过程中，ATM 机一直处在故障状态。这样，在一般情况下不具有刑法评价意义的插真卡输密码的举动在许霆案 ATM 机的“配合”之下就成为能够造成法益侵害的举动，因而也就具有了刑法评价意义，这样的举动与从出款口拿钱的举动一起构成了完整的实行行为。

（三）盗窃罪

笔者认为，许霆案构成犯罪是没有疑问的。在反对许霆案定盗窃罪的观点中，最主要的理由是本案不符合盗窃罪“秘密窃取”的构成特征。例如，有学者认为，许霆在 ATM 机里提取现金的行为，显然不属于秘密取得。因为他是利用自己真实的信用卡，在公共场合，并采取合法的手段提取的。他使用了真实的银行卡，ATM 机就会记录下他的账号，银行可以通过他的账号查到他的名字、身份证和地址。这等于他在提取现金时向银行公开了自己的身份。这就不是秘密提取，而是公开提取了。既是公开提取，当然不是盗窃。② 有学者不认同许霆的行为属于“秘密窃取”，认为他与 ATM 机进行的是以合法商业契约为基础的正当交易，使用的是他自己合法拥有的银行卡和密码，并没有使用诸如撬开、砸坏、搬走 ATM 机，或者破解密码等方法，使其“被动被盗”，

---

① 参见高艳东：《从盗窃到侵占：许霆案的法理与规范分析》，载《中外法学》2008 年第 3 期，第 469—479 页。

② 参见侯国云、么惠君：《许霆取款行为不应以犯罪论处》，载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

也没有使用改变程序、病毒攻击、瘫痪系统等高科技手段,使其“被骗被盗”,对ATM机而言,多余的钱是其主动送出的,不应当属于“被盗”。①

实际上,盗窃罪中的“秘密窃取”,是指行为人主观上自认为财产所有人或保管人未发现的情况下非法占有他人财物;在这一过程中,被害人是否发现、第三人是否感知都不影响行为人“秘密窃取”特征的构成。行为人是否在案发现场遗留真实身份,对“秘密窃取”的认定没有什么意义。这是因为,“秘密窃取”只是指行为人实施行为当时主观上认为处于他人不知晓的秘密状态,事后行为人是否因遗留的身份信息被发现不影响行为当时的“秘密窃取”特征。从案件的事实来看,许霆在行为当时无疑是抱着“现在银行不知道”的想法多次取款的。至于论者关于许霆没有使用破坏性手段破坏ATM机硬件或篡改、攻击ATM机软件因此不属于“盗窃”的说法,在笔者看来,违背了刑事审判的基本逻辑思维。在刑事案件的审判过程中,法官应当将法律规定的构成要件作为大前提,将案件事实作为小前提,在大小前提间进行符合性判断。不可否认,刑法各罪构成要件中的实行行为都是根据现实生活中的典型行为归纳出来的,但不能由此认为与典型行为不吻合的某些“非典型行为”就必定不属于法律规定的类型性行为范畴。毕竟,我们应当从法律规定而不是典型生活事实出发。在处理问题时,应当充分解释法律规定,只要法条用语的意蕴可能涵盖现实生活中的行为,就可以进行符合性判断。就盗窃罪而言,通过破坏机器、攻击程序的方式窃取资金固然属于盗窃行为,但这只是盗窃罪中的典型行为部分;与此同时,对于某些通过平和手段、伴随有对方过错因而违背被害人意志不明显的“非典型”行为,也应当有认定为构成盗窃罪的可能。

三、重罪与轻罪

除了在许霆案是否成立犯罪、成立何种犯罪问题上的争论之外,关于ATM机能否属于“金融机构”,许霆的行为是否应当认定为“盗窃金融机构”,进而因“数额特别巨大”适用无期徒刑或者死刑的法定刑幅度,在学者间也存在激辩。

所谓ATM(Automatic Teller Machine)即自动柜员机,是一种利用磁性代码卡自动工作的电子装置。一般认为,ATM机不是银行的分支机构,而是银行的一部分,是银行业务的延伸。因此,就ATM机与银行的关系而言,ATM机是银行的一种交易工具和服务手段,它本身不具备任何独立性,代表和执行的只能是银行的意志和利益。②

侯国云教授认为,ATM机不是金融机构。因为,能称为“机构”者,是包括组织、人员在内的。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。请问,没有组织,没有人员,能叫机构吗?ATM机顶多也只能算是金融机构

---

① 参见黄立、何田田:《比较法视野中的ATM——以许霆案为研究线索》,载《法学杂志》2008年第3期,第70页。

② 同上注,第69—70页。

的一种工具而已，说它是金融机构的延伸，实在荒唐。[①] 但在笔者看来，仅从字面意思机械地理解刑法中“盗窃金融机构”的含义，才真正荒唐。1998 年 3 月 10 日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定：“刑法第 264 条规定的‘盗窃金融机构’，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”由于自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备，机内储存的资金是金融机构的经营资金，因此，许霆盗窃柜员机内资金的行为依法当然属于“盗窃金融机构”。对此，张明楷教授形象地比喻道，共同盗窃的犯罪人在共谋时会说“我们今晚偷赵某家”，赵某被盗后会向公安机关报案说“我家被盗了”。然而，行为人并没有盗走赵“家”，而是盗窃了赵家的财物。同样，许霆并没有盗窃 ATM 机，而是盗窃了 ATM 机中的现金，ATM 机中的现金是银行的经营资金，银行属于金融机构，故许霆盗窃了金融机构的经营资金。[②]

刘仁文研究员认为，传统意义上的金融机构是指银行、保险公司、信托公司等，它们有严格的保安系统，要突破层层关卡才能进入银行行窃，正因如此，刑法才对这些机构进行重点保护，但本案并非这种情况，被告人并没有为实施盗窃而突破层层保安。即便有人说柜员机是银行的设施，可视为银行这个金融机构的延伸和组成部分，但它也必须是在银行的控制下才行，现在它出错了，银行不能控制它了，就不能将其定性为金融机构了。[③] 在笔者看来，如前所述，“盗窃金融机构”是指盗窃金融机构内的财物，金融机构本身不是盗窃罪的对象。因此就司法操作层面而言，ATM 机是否具备类似金库等重点区域的严格保安措施并不重要，关键是根据 ATM 机中的资金性质来认定其是否属于金融机构。

沈海平副教授认为，这里的“金融机构”不应从字面上来理解，而应限制解释为“金库”，因为只有盗窃金库的行为才具有极其严重的危害性，而选定防范严密的金库为盗窃对象也反映了行为人巨大的人身危险性，因此只有对盗窃金库的行为才值得使用无期徒刑以上刑罚来惩罚和威慑。如果将面向公众服务的柜员机也理解为“金融机构”，则由于人性固有的弱点以及机器的不可靠性，很容易诱人身陷重罪。[④] 如前所述，最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》明确地将“盗窃金融机构”解释为盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金，因此将“金融机构”限制解释为“金库”显然不合适。况且，最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若

---

① 参见万静：《恶意取款案成热点　专家激辩许霆是否有罪》，载《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版。

② 参见张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

③ 参见刘仁文：《法院判决缘何与公众的法感情背道而驰》，载《法制日报》2008 年 1 月 11 日第 3 版。

④ 参见沈海平：《情法冲突考验司法理念——对许霆案的法律思考》，载《人民检察》2008 年第 3 期，第 51 页。

干问题的解释》第3条规定,《刑法》第263条第3项规定的“抢劫银行或者其他金融机构”,是指抢劫银行或者其他金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等。抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的,视为“抢劫银行或者其他金融机构”。从关于运钞车的解释可以看出,司法解释的倾向不是对“金融机构”作限制解释,恰恰相反,最高人民法院实际上是对“金融机构”作出了扩大解释。至于论者提到盗窃ATM机与盗窃金库的社会危害性与人身危险性相差较大,不值得使用无期徒刑以上刑罚来惩罚和威慑的说法,笔者倒也有同感。但问题在于,由于最高人民法院的司法解释明白无误地规定了“盗窃金融机构”的含义,因此论者的提议恐怕也只能限于“应然性”的探讨,而无法在当前实际处理许霆案时得到应用。更何况,对于严重依赖上级法院司法解释而不善于运用法官个人解释的中国当前的司法水平而言,要求审理案件的法官将金融机构限制解释为金库也确实是强人所难。

四、结语

在笔者看来,当前民众之所以对许霆案给予极大关注,主要原因是认为对许霆案依盗窃金融机构定性判处无期徒刑太过严厉。很多网民都认为,那么多贪官污吏贪污受贿成百上千万也不过是判无期徒刑,甚至有的只判十几年了事,许霆一个打工仔只搞了17.5余万,就被判无期徒刑,在感情上不能接受。正是这种严重的不公平感促使民众在案件审理初期近乎一边倒地认为许霆无罪。现在假设,如果我国《刑法》第264条规定,盗窃金融机构,数额特别巨大的,应当判处3年以上10年以下有期徒刑,而一审法院最后对许霆案在这一法定刑幅度内宣告刑罚,那么,笔者就可以肯定,许霆案绝不会像现在这样引起如此广泛的社会影响。进一步说,学者在许霆案的定性问题上争论不休,其真实目的也是希望通过定性这一“技术”手段来降低许霆案应当适用的法定刑。例如,主张定信用卡诈骗罪的刘明祥教授认为,对许霆案之类的案件不定盗窃罪,而按非法透支处理,还可以避免出现不合常理的处罚现象。例如,某人发现自己的借记卡具有类似许霆的借记卡之特异功能后,在ATM机上提取了十余万元现金,但因害怕负刑事责任,又立刻将全部现金返还给了银行。如果将这种行为定性为盗窃,那就是盗窃金融机构数额特别巨大的情形,即便是返还了财物,也还是要判处重刑。如果将其定性为非法透支,根据《刑法》第196条第2款的规定,只有以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,经发卡银行催收后仍不归还的,才是恶意透支,才可能构成信用卡诈骗罪,也就是说,只要透支者主动返还或者经银行催收后返还了的,仍只能算是一般的非法透支,并不构成犯罪。这样处理,既合乎法律的规定,又合情合理,能为社会公众所接受。① 主张定诈骗罪的谢望原教授也指出,从“宽严相济”刑事政策

---

① 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款的定性分析》,载《检察日报》2008年1月8日第3版。

立场来看,对此类行为按照诈骗定性更有利于被告人,符合有利被告原则。根据我国刑法规定,盗窃罪的处刑远远重于诈骗罪的刑罚——盗窃金融机构最高可处死刑,而诈骗罪最高为无期徒刑。而就许霆案的具体刑罚适用来看,如果认定为盗窃金融机构,则其主刑的法定量刑幅度乃是处无期徒刑或者死刑;如果认定为诈骗罪,则应当处3年以上10年以下有期徒刑。许霆所实施的行为无疑构成了犯罪,当不能无争议确定罪名因而影响其刑罚重轻之时,原则上应当按照有利被告原则处理。①

由此看来,关于许霆案定性的争论,说到底是如何在现有立法条件下实现个案公正的问题。对此,笔者也承认,如果能够通过合理解释法律,使案件的处理结果在实现实质正义的同时满足形式正义的要求,则无疑是上上之策。但如前所述,许霆案在形式逻辑上明显符合盗窃金融机构的法律规定和司法解释,诸如不当得利、侵占、诈骗、信用卡诈骗等解释实在站不住脚。那么,此时法律解释就已经无法解决问题,而必须转而求助于立法改进。例如,已经有学者提出,《刑法》第264条“盗窃金融机构,数额特别巨大”加重处罚的规定值得反思,司法解释所确定的“数额特别巨大”的标准亟需与时俱进。② 当然,现在许霆案重审后适用《刑法》第63条第2款酌定减轻制度,达到了降低刑罚适用量的目的。但在笔者看来,这虽然是现有法律规定条件下的最佳选择,却也实属无奈之举。如前所述,当前司法实践中确实存在不少与许霆案类似的案件。随着许霆案的终审判决,那些已经判决或正在审理中的类似案件又引发了人们关于“法制统一、同罪同罚”的呼声。③ 而对类似案件而言,不可能对每一个都适用酌定减轻制度,否则将造成酌定减轻情节的普遍适用,打乱法定量刑情节与酌定量刑情节之间既有的功能设定,有违刑事立法的本意。因此,虽然我们可以说在许霆案中适用《刑法》第63条第2款是现有法律规定条件下实现个案公正的最佳途径,但却不能将希望完全寄托在酌定减轻制度之上。正确的选择应当是,在充分认识许霆案所暴露出的盗窃罪立法存在问题的基础上,总结案件审理过程中实现罪刑均衡之极端重要性的经验,吸取司法审判与公众民意对立之无奈、尴尬的教训,集中力量对盗窃罪立法的罪刑设定进行完善。具体来说,应当取消“盗窃金融机构”的加重犯罪构成,贯彻不同所有者财产同等保护的刑法公正原则,同时(可以通过司法解释)适时调整“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的认定标准,以便使刑事审判结果能够与当代社会生活观念合拍,真正做到与时俱进。

---

① 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

② 参见付立庆:《“利用ATM故障恶意取款案”法律性质辨析》,载《法学》2008年第2期,第11—12页。

③ 据媒体报道,在许霆案重审改判5年有期徒刑后,“云南版许霆”——何鹏的家长和代理律师看到了曙光,拟向云南省高院提出申诉,希望将沉寂七年的旧案翻过来。有研究者也提出,其实“云南许霆”比广州许霆更冤枉!参见鲁生:《“云南许霆案”更值得追问》,载《检察日报》2008年4月9日第6版。

许霆恶意取款案定性问题的法理思考

孟庆华*

许霆一审获重罪无期徒刑之后，许父四处奔走为儿子讨要说法，九成网友表达了“量刑过重”的网络民意，全国媒体持续关注此事，法律界人士纷纷引经据典为许霆开解。直至重审对许霆改判为有期徒刑5年之后，此案的舆论纷争才逐渐平息。笔者认为，在许霆恶意取款案两审已经全部结束之后，仍有必要从理性上来思考该案所引发的定罪量刑问题，以便为今后惩治盗窃罪的司法实践及其立法完善提供有益的借鉴。限于篇幅，本文仅就许霆案有关定性方面的几个问题。

一、许霆恶意取款能否构成民法上的“不当得利”问题

在刑法学界，关于许霆恶意取款能否构成民法上的“不当得利”问题，主要有肯定与否定两种认识观点：

（1）肯定说，认为许霆通过取款机获取的巨额财产是一种典型的不当得利，是一种侵犯银行财产权的民事侵权行为。① 许霆跟银行之间已经建立了合同关系，该合同的主要内容可以确定为在该银行的服务范围内使用与银行业务相关的各项服务，包括：存取款、转账等，因此，许霆使用ATM机是有合法依据的，但是因为ATM机出错，导致许霆取出了与其存款不符的现金，这些多出来的现金的获得，属于丧失了合法根据的部分。② 银行在没有发现ATM机存在问题或者没有采取措施之前，ATM机的每次给付都是银行默认的，否则我们在ATM机上的正常取钱都可能是违背银行意志的，所以在银行默认的情况下，由于ATM机的故障导致许霆获得额外利益，这是受害人（银行）的出错导致受益人（许霆）获得额外金钱，每一次给付都是不当得利。③

（2）否定说，认为许霆是以非法占有为目的，积极地获取不当利益，不符合不当得

---

* 河北大学政法学院教授，法学博士，中国人民大学法学院博士后。

① 参见杨德寿：《许霆取款行为的定性问题》，载《法律博客网》2004年2月24日。

② 参见《许霆案原判被撤销》，载《南方日报》2008年1月17日。

③ 参见李钊：《许霆案应适用民法之不当得利》，载《荆楚网》2008年4月2日。

利的实质。① 民事行为以意思表示为中心，银行在发卡时，向许霆发出的意思表示是借记卡必须在卡内的金额限度以内交易，自动柜员机出现故障以后，银行并没有作出新的意思表示，没有允许许霆以超出卡内的金额进行取款。因此，许霆取款的行为不属于不当得利，而是属于侵权行为。② 一个行为在符合现行刑法评价的时候，而对之放任，是一种司法上的不作为。许霆的取款行为，从 171 次的取款次数来看，主观上的恶性已经表露无遗；取款数额达到 17.5 万，数额已经达到刑事法律调整的范围。③

笔者赞同第二种观点否定说的看法，主要理由是：(1) 民法上的不当得利是指由于没有法律上或合同上的根据，或虽有根据后来却已丧失，致使他人受到损害而获得的利益。不当得利是被动获利，许霆并不是被动地接受吐钱，而是积极主动地以自己的行为反复操作，取出不属于自己的钱。④ (2) 民法上的不当得利与刑法上的侵财犯罪都存在不正当取得利益的情形，但二者有本质的区别。比如抢劫的结果是不正当取得利益，但显然不同于民法上的不当得利。许霆第一次取款 1 000 元，其账户实际仅扣款 1 元，其多取得的 999 元是在不知道 ATM 机出错的情况下取得的，属于不当得利。但之后许霆却基于非法占有银行资金的目的多次取款，已经成为一种恶意侵犯他人财产权益的侵权行为，当该侵权行为达到了危害社会的程度，触犯了刑法，就构成犯罪。⑤ (3) 许霆发现柜员机有问题后，可选择弃置不理或进行“无因管理”的行为，如报警或通知银行方面或其他维护公共财产的行为，而绝对不应该利用自己的银行卡和柜员机的“错误”，在银行方面不知晓的情况下（或自认为银行方面不知晓），对有明确所有者而且“正在管理”中的财物进行“秘密”盗取并占有。尽管银行有技术上或管理上的错误，但银行方面的错误，只是量刑时酌情考虑的情节。⑥

二、许霆恶意取款能否构成侵占罪问题

在刑法学界，关于许霆恶意取款能否构成侵占罪问题，主要有肯定与否定两种认识观点：

(1) 肯定说，认为许霆存在前后两个行为，先是通过合法的取款行为获取不当得利，后是非法予以占有，符合侵占罪的行为特点。⑦ 由于机器出现了错误，不断地往许霆的合法账户上注入资金，许霆从而得以自由支配和处分进入他账户的资金，在许霆

---

① 参见王力理：《为许霆案寻找出路——对该案定罪量刑的思考》，载《西南政法大学研究生学报》2008 年第 4 期。

② 参见《多取款是为保护银行财产》，载《大河网》2008 年 2 月 23 日。

③ 参见王晓楠：《关于许霆案件中的定罪、量刑问题研究》，载《昆明市人民检察院网》2008 年 4 月 28 日。

④ 参见宋丽萍：《浅议许霆利用 ATM 故障超额取款案所引发的法律问题》，载《龙剑网》2008 年 5 月 20 日。

⑤ 参见孔博、肖文峰：《“许霆案”的是非与得失》，载《经济参考报》2008 年 4 月 25 日。

⑥ 参见《许霆的行为是不当得利吗?》，载《网易网》2008 年 2 月 24 日。

⑦ 参见李飞：《再论许霆案》，载《网易博客网》2008 年 3 月 19 日。

将这些资金还给银行之前,许霆扮演的是民法中善意占有者和管理者的角色,此时,他就负有将账户上的资金返还给银行的法律义务。但他不但没有返还,而且还不断重复地取款,然后挥霍一空,表明他具有拒不退还的犯罪故意,构成侵占罪。①对《刑法》第270条中的"保管"一词显然不能理解为狭义的"保管合同"。运送、承揽、租赁、雇佣等合同中运送人、承揽人、承租人、受雇人对于托运人、定作人、出租人、雇佣人交托的财产有保管义务,合同一方对另一方基于错误而交付的财物同样有保管义务。在所有这些场合不但占有人同样存在保管义务,而且被保管的财物都是权利人交付的。②

(2)否定说,认为侵占罪的对象是行为人已经合法持有的财物,即通过正当、善意、合法的手段持有的他人财物,非法据为已有时已实际控制了财物,主要指他人的交由自己代为保管的财物、遗忘物或者埋藏物。把存放在有故障的ATM机里的现金视作银行遗忘物,似有不妥。因为银行并没有遗忘,相反主观上一直以为仍在自己的牢牢控制之中。③

笔者赞同第二种观点否定说的看法,其主要理由是:(1)侵占罪的对象是"代为保管的他人财物、遗忘物或者埋藏物"。许霆案中,自动柜员机里面的钱,是银行事先特定置入的,之所以被被告人许霆取走,是该机程序出错造成的,并非"疏忽忘记"的遗忘物。事实上,自动柜员机即使程序出错,仍然实际上记住了被告人许霆的资料信息和所取出的现金数额,自动柜员机完全是在意识清醒的状态下,由于程序出错故意将17.5万元现金送给被告人的。另外,柜员机里的现金也不是刑法理论与实践中通常所理解的埋藏物。④(2)侵占罪的行为人在构成侵占罪前必须合法占有作为犯罪对象的财产,在许霆案中许霆在实施犯罪过程前并没有合法地占有银行自动取款机(ATM)中的款项,到他占有的时候,犯罪已经既遂了,从这一点来看,许霆的行为也不符合侵占罪的特征。⑤

三、许霆恶意取款能否构成信用卡诈骗罪问题

在刑法学界,关于许霆恶意取款能否构成信用卡诈骗罪问题,主要有肯定与否定两种认识观点:

(1)肯定说,认为许霆恶意取款构成信用卡诈骗罪。《刑法》第196条规定,恶意透支的构成信用卡诈骗。本案中,许霆持有的借记卡没有透支功能,但是,他取款的这

---

① 参见吴情树:《许霆的行为应是侵占》,载《检察日报》2008年1月25日。

② 参见杨支柱:《许霆案应以侵占罪判决》,载《山西晚报》2007年12月25日。

③ 参见李克杰:《171次恶意取款该不该究刑责:性质从第2次取款改变》,载《检察日报》2007年12月19日。

④ 参见《恶意取款被判无期案二审 律师作无罪辩护》,载《中国新闻网》2008年1月9日。

⑤ 参见杨玉成:《罪与非罪——许霆案定罪量刑的法理分析与预测》,载《西祠胡同网》2008年3月13日。

台 ATM 机因程序上的故障原因，这一“虚拟银行”授予了许霆持有的没有透支功能信用卡的透支功能和透支数额。许霆在“虚拟银行”的错误授权下，连续不断地以非法占有为目的，在“虚拟银行”内取款，且逃离广州，在银行的催收下仍不予归还透支款，其行为主观方面和客观方面完全符合恶意透支行为。[①]许霆在得知 ATM 机已经出错，他手中的工资卡具有了透支功能后，明知自己只有 170 余元存款，银行没有给他任何信用额度，却分 171 次从 ATM 机透支取款 17.5 万元，属于超过限额透支；得款后立即离开原工作单位，也没有回家，使银行无法向他催收透支款，时间超过 1 年，属于透支后逃避追查，已经构成“经发卡行催收后仍不归还”情形。[②]

（2）否定说，认为许霆的行为完全不属于恶意透支，也就谈不上信用卡诈骗罪。首先，许霆持有的银行卡并不具有透支功能，许霆之所以能前后共取款 17.5 万元，利用的是银行 ATM 机的出错，并非利用的信用卡的透支功能。其次，ATM 机出错，使许霆能够大量非法取款并不能认为是 ATM 机授予了许霆持有的信用卡以透支功能。如果，ATM 机的出错授予许霆的信用卡以透支功能，那么，该信用卡不仅可以在该台出错的 ATM 上进行所谓的透支，在其他未出错的 ATM 机上也能透支。所以，不能简单地认为 ATM 机的出错授予了许霆的信用卡以透支功能。如果认定许霆构成信用卡诈骗罪显然违反“罪刑法定”原则。[③]

笔者赞同第二种观点否定说的看法，其主要理由是：

（1）许霆的行为与《刑法》第 196 条所列第四种情形的“恶意透支”有些接近，但也有严格区别。“恶意透支”原本是享有“透支”权利的，并且有权在一定期限内使用金钱。然而本案被告人并非利用了自己的透支权利，而是利用了对方的设备故障。所以，许某的行为并不属于“恶意透支”行为。[④]

（2）信用卡诈骗罪是诈骗罪的一种特殊类型，同样应该具备诈骗罪的“因受欺骗而处分财产”的本质要素，而只有人才可能受骗，“机器不可能被骗”；非法用信用卡在 ATM 机上恶意取款，如同拾得他人的钥匙后用钥匙开门取走财物，属于盗窃而不是诈骗。[⑤]

（3）有学者认为是信用卡诈骗罪，一个重要理由在于根据全国人大常委会作出的《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》，我国刑法中的“信用卡”是从广义而言的，包含借记卡，但普通的借记卡并不具有透支的功能。这是学者自己的进一步解释，信用卡和普通借记卡存在根本的不同，恶意透支的前提是要具有透支功能，

---

① 参见夏祖珠：《许霆案构成信用卡诈骗罪》，载《法律教育网》2008 年 1 月 8 日。

② 参见《解决 ATM 恶意取款案的金钥匙——信用卡诈骗罪》，载《铁血社区网》2008 年 1 月 17 日。

③ 参见项盛林：《浅析许霆案》，载《法律图书馆网》。

④ 参见封利强：《从许霆案看司法公正的有限意义》，载《法律博客网》2008 年 2 月 28 日。

⑤ 参见刘明祥：《在 ATM 机上恶意取款的定性分析》，载《检察日报》2008 年 1 月 8 日。

不具有透支功能的普通借记卡的不法使用无法解释为“超过规定限额或者规定期限透支”。这就像非法经营的前提,要求有一个合法经营存在来作为对照。①许霆当时取款用的是借记卡,根本不是贷记卡,没有透支的功能,连透支的功能都没有,又何来恶意透支呢?②

四、许霆恶意取款能否构成金融凭证诈骗罪问题

在刑法学界,关于许霆恶意取款能否构成金融凭证诈骗罪问题,主要有肯定与否定两种认识观点:

(1)肯定说,认为许霆恶意取款能够构成金融凭证诈骗罪。所谓“金融凭证诈骗罪”,其犯罪对象是银行的结算凭证。该罪在客观方面表现为:改变银行的结算信息。在该案中,许霆明明知道银行的结算信息发生了错误,而通过“人—机”对话的公开方式获得财物,实际上,许霆与银行通过机器一直在“对话”,这种方式符合诈骗的特征。许霆在行为上表现为多次取款,他通过取款的方式导致结算信息一再发生错误,从而达到非法占有巨额款项的目的。因而,许霆的行为构成了“金融凭证诈骗罪”。③

(2)否定说,认为金融凭证诈骗罪中关于“使用伪造银行结算凭证”应当理解为犯罪行为人积极的伪造了银行结算凭证,或者使用了他人伪造的银行结算凭证骗取了银行的财物。而许霆恶意取款过程中的取款信息记录的错误不是许霆伪造的,而是银行自己的柜员机“有意”制造的,也就是说许霆多次取款记录的信息是银行柜员机和许霆相互合作的成果,不是许霆单方可以完成和实现的。这里许霆“使用伪造银行结算凭证”骗取银行财物就很难成立。因为“使用伪造银行结算凭证”行为人必须先有假的结算凭证,然后才能骗取银行信任、获取财物,而许霆是利用柜员机本身的系统故障获取了财物,所以许霆行为不构成“金融凭证诈骗罪”。④

笔者赞同第二种观点否定说的看法,即许霆恶意取款不能构成金融凭证诈骗罪,其主要理由是:

(1)行为对象不符。犯金融凭证诈骗罪的行为人的行为对象是“金融凭证”。就许霆的行为而言,如果他犯的是此罪的话,其行为对象是“银行凭证”。银行凭证是银行在办理业务时内部使用的纸制单据,包括转账凭证、现金凭证、特种转账凭证、表外收入凭证、表外付出凭证。各种凭证根据业务种类的不同而选择使用。进一步具体分析,许霆行为对象不是泛指的“银行凭证”,而是银行结算凭证。银行结算凭证,是收付款双方及银行办理银行转账结算的书面凭证。基本内容概括起来主要有:凭证名称;

---

① 参见王海桥:《对许霆案的若干刑法思考》,载《中国民商法律网》2008 年 4 月 8 日。
② 参见李宝乾:《关于广州许霆案的分析》,载《法律博客网》2007 年 12 月 27 日。
③ 参见《许霆案构成金融凭证诈骗罪》,载《潍坊电视台网》2008 年 1 月 8 日。
④ 参见《许霆案适用“侵占罪”是“罪行法定”原则的体现?》,载《中国经济网》2008 年 1 月 24 日。

凭证签发日期;收、付款单位的名称和账号;收、付款单位的开户银行的名称;结算金额;结算内容;凭证联次及其用途;单位及其负责人的签章。①

(2)行为方式不符。金融凭证诈骗罪在行为方式上是“使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证”,“伪造”是指未经有关机关批准,擅自印刷、制作银行结算凭证的行为;“变造”是指以真正的银行结算凭证为基础材料,采用涂消、涂改、挖补、剪贴等手段,使银行结算凭证的内容、价值、流转途径等发生改变的行为;“使用”就是指把伪造、变造的银行结算凭证冒充真正的银行结算凭证交付他人以换取他人向自己交付财产、提供服务或者以该伪造、变造的银行结算凭证假意履行自己的义务从而使他人受到损失的行为。②而许霆利用 ATM 机的设备故障取出了 17.5 万元巨款,这并不符合金融凭证诈骗罪“使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证”的行为特征。有学者认为,“许通过取款的方式导致结算信息一再发生错误,从而达到非法占有巨额款项的目的”,在这里出现了逻辑错误,即 ATM 机存在技术故障是客观事实,而此故障必然会导致结算信息发生错误,这一内在因果关系不因是谁在机器上提取或者有多次取款而变化或倒置,故并不是许霆的行为使结算信息一再发生错误。③

五、许霆恶意取款能否构成合同诈骗罪问题

有学者认为,许霆恶意取款构成合同诈骗罪。许霆利用取款机操作系统的错误实施占有银行财产的行为,且多次实施,主观上有故意,违反了诚实信用原则。④ 许霆作为合同一方在履约中明知自己权利义务的情况下,多输入取款金额,并没有采取秘密措施,而是采取一定的方式构筑了虚假的合同权利,利用了 ATM 机错误,让银行方面自愿付款。⑤许霆明知自己银行卡中的款项只有 170 余元,但在履行合同的过程中,在取款 1 000 元但只扣银行卡中 1 元的行为成功后,再以取款 1 000 元试探是否还能继续取款,在证实能继续取款的情况下,以非法占有为目的,一连取款 171 次,先后取款 17.5 万元,符合“没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诈骗对方当事人继续签订和履行合同”为特征的“以其他方法骗取对方当事人财物”的合同诈骗行为。⑥

笔者不赞同此种观点,而认为许霆恶意取款不能构成合同诈骗罪,其主要理由是:

---

① 参见《许霆案适用“金融凭证诈骗罪”不当》,载《中顾网》2008 年 2 月 3 日。

② 参见邓宇琼、许成磊:《危害金融安全、利益和管理秩序犯罪司法适用》,法律出版社 2005 年版,第 300—302 页。

③ 参见钱元昌:《许霆利用 ATM 故障超额取款案罪刑探讨》,载《中国刑辩网》2008 年 3 月 21 日。

④ 参见褚少云:《许霆构成合同诈骗罪》,载《企博网》2008 年 1 月 20 日。

⑤ 参见《许霆行为构成合同诈骗罪》,载《天涯在线网》2007 年 12 月 24 日。

⑥ 参见《“许霆案”应以“合同诈骗罪”定案为妥》,载《网易博客网》2008 年 2 月 23 日。

(1)“民事合同”与“经济合同”有重大差异。在许霆案中,尽管许霆与银行间形成合同关系,即“储户与银行系民事合同关系”,“而且,许霆持卡到银行取款机取款是有依据的,是根据其与银行之间的信贷关系所从事的行为”①;但是,此种“民事合同”却不同于合同诈骗罪中的“经济合同”。对《刑法》第224条中的“合同”应理解为平等主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户(包括行为人冒用此身份)之间为实现一定的经济目的,明确相互权利义务关系而订立的协议。简言之即是经济合同,不应包括民事和行政合同。②

(2)缺少刑法依据。《刑法》第224条规定了合同诈骗的五种情形:(一)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的;(二)以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的;(三)没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同的;(四)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的;(五)以其他方法骗取对方当事人财物的。其中,前四种合同诈骗是具体情形,第五种“以其他方法骗取对方当事人财物的”是一个弹性条款,在实践中由司法人员根据具体情况具体分析掌握。但五种情况的共性都是行为人通过签订合同辅之其他欺骗手段,骗取受害人信任,受害人依照合同的规定履行了交付义务,使行为人获取了不法利益。③ 许霆与银行签订的合同是为了存取款,是将自己的款存在银行,这与合同诈骗罪的行为人通过签订合同辅之其他欺骗手段而骗取他人财物显然是不同的。假如不是ATM机的技术故障,许霆要取超出自己存款数额之外的银行款项,那是根本不可能的。

六、许霆恶意取款能否构成诈骗罪问题

在刑法学界,关于许霆恶意取款能否构成诈骗罪问题,主要有肯定与否定两种认识观点:

(1)肯定说,认为在许霆案中,许霆不是秘密地破坏了机器或者采取其他方法偷走里面的钱,而是输入了虚假的信息,使银行产生了错误的认识“自愿”付款,使许霆行骗成功。④ 在ATM取款的时候,有一段对话。比如你取100元,ATM机会问你:是否确定取款100元?只有你按了“是”这个选项,ATM机才会出钱。这里,许霆明知取款后可以得到比ATM所提示的更多的款项,而按了确定。那么就存在隐瞒事实真相、虚构事实的情节。⑤毫无疑问,诈骗罪的本质特征就是以不诚实的手段骗取不属于自己的有

① 《湖南律师:储户与银行系合同关系 许霆应判无罪》,载《搜狐网》2008年4月1日。
② 参见《浅谈合同诈骗罪》,载《法律教育网》2003年12月15日。
③ 参见尚立福:《诌议合同诈骗罪的主、客观要素》,载《法律教育网》2006年4月19日。
④ 参见张学辉:《是窃,还是骗?三论许霆构成诈骗罪》,载《中国法律门户网》2008年5月14日。
⑤ 参见《许霆案是否构成犯罪?如果是,应该如何认定罪名?》,载《广州互动社区网》2008年1月20日。

价值之物,而不在于被欺骗的对象是聪明的成年人还是认识能力尚未发育成熟的幼童,抑或机器人。ATM 机实际上就是柜员制度中的负责存取款的自动柜员(机器人)。由于 ATM 机完全代行了银行柜员的职能,对 ATM 机的欺骗本质上就是对银行柜员的欺骗。而利用 ATM 机的错误非法套取银行钱款,正如行为人使用小额票面值的钞票哄骗无知幼童(如把 10 元钞票说成 100 元钞票),进而骗取其价值较大之物品一样,这种行为事实上就是不诚实地骗取了银行钱款。既然如此,为什么不能将此种行为定为诈骗呢?①

(2) 否定说,认为许霆不构成诈骗罪。在许霆案中,行为人在整个行为操作过程中,都是按照银行的要求进行的,使用的是自己的真实的银行卡,输入的是自己事先所设定的密码,在整个取款过程中都没有任何的造假或者隐瞒行为。许霆明知自己卡上只有不足 200 元,却随后连续故意输入支取 1 000 元的指令,无论这一点是否属隐瞒真相,但因机器是无意识的,许某不存在隐瞒真相的问题,同理,更为关键的是柜员机也不存在陷于错误认识而自愿交付财物,其多付款少计账是故障导致的结果,不是银行真实意思表示的结果。机器总是冷冰冰、硬邦邦,没有感情,没有思维,如果把人为地加诸其上的程序算作它的"思维"的话,不管是你"骗"它,也不管是你打他、骂他,它总是那个德行,一副"忠于职守"样子,对你无动于衷。所以机器是不能够被骗的。②

笔者赞同第二种观点否定说的看法,其主要理由是:从本案的具体情况来看,行为人用自己所有的真实的银行卡按照正常程序在柜员机上取款,并未在银行卡和柜员机上做任何手脚,同所有的持卡人所进行的程序并无二致,这说明他没有虚构事实,也没有隐瞒真相。因为如同对操作人员对话一样,银行卡中所显示的各种数据是真实的,就等同于行为人对操作人员讲的话也都是真实的。而柜员机读错了卡,或者是在其他环节出了问题,就如同操作人员出了差错。那么,因受骗而上当与自行出现差错,这两种情况显然不应导致同样的法律后果。③

七、许霆恶意取款能否构成盗窃罪问题

在刑法学界,关于许霆恶意取款能否构成盗窃罪问题,有学者持否定态度,认为许霆的行为不构成盗窃罪。许霆是以一个正常客户的身份操作该柜员机的,既没有篡改密码,也没有破坏机器功能,一切按照正常程序即能获取款项。④ 事发时许霆取钱是完全在银行的设备和系统监控下进行的,事后在银行的交易记录中,完全可以查到取款

① 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释——许霆案深层解读》,载《中国经济网》2008 年 1 月 20 日。
② 参见侯成丽:《一只烫手的山芋》,载《山西法院网》2008 年 3 月 20 日。
③ 参见《许霆案是刑法中未规定的全新行为》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日。
④ 参见《"许霆案"二审 辩护律师作无罪辩护》,载《新京报》2008 年 1 月 9 日。

信息等。许霆取款的行为事发时和事发后银行都是一目了然的,显然不能认定为秘密窃取。[①] 从行为上看,许霆没有从物理上或者从虚拟空间非法进入银行系统去取钱;而且盗窃行为的实施是单方面的,而本案中许霆的每笔取款行为始终都是互动的,不是单方面的行为。[②] 许霆的取款行为,无论是善意的还是恶意的,在"法律层面上"都应当认定是经过银行的"人"手"给"出来的,是在银行的"主动配合"下完成的"双方"行为,有瑕疵的行为也是行为。至少是无法认定为行为人"单方面"的"秘密窃取",因为"秘密窃取"的本质特征必须是"单方面"的。[③]

笔者不赞同此种观点,而认为许霆恶意取款能够构成盗窃罪,其主要理由是:

(1)从客观上看,许霆实施了秘密窃取的行为。在外部特征上盗窃行为通常具有秘密性,但又不局限于秘密窃取。是否构成秘密行为,是以被盗窃人是否知道以及行为人自己主观是否认为是秘密相结合为判断标准,主要以行为人自己是否认为是秘密为标准。就像一人开着家里门出去,门开着有人进来把东西拿走不算偷吗?[④] 尽管银行对 ATM 机存在故障的情况没有发现,在财物管理上有疏忽,但这种疏忽并不意味着许霆在取款时,该取款机中的财物处于无人占有状态;行为人采用平和的手段侵入该机器,在银行方面不知情的情况下,秘密将该机器中所存放的财物据为己有,当然构成盗窃罪。[⑤] 盗窃罪中的"秘密窃取"是相对于财物占有者而言的,"自己的失误"本身只是对财物保管不善的问题,不是否认盗窃罪构成的理由;而所谓"有记录和监控录像"也不能改变许霆行为的"秘密窃取"的本质,因为盗窃罪中的秘密窃取是指取得财物的当时财物的占有人不知道,就如在公共汽车上有人行窃后,在出车门时就被失主发现,但不能改变盗窃时是秘密窃取的性质,银行记录和监控录像只是事后让财物占有者知道情况的证据。[⑥] "许霆秘密窃取款项后,到银行发现许霆的盗窃行为,之间需要一个复杂过程"[⑦];而这个发现许霆盗窃行为的复杂过程也充分表明,许霆恶意取款 171 次,数额高达 17.5 万元,无疑应构成盗窃罪中的"秘密窃取"。

(2)从主观上看,许霆具有非法占有的目的。当然,他在最初取款时是正常取款,并无非法目的。但是,当他明知机器有故障而继续多次取款,这突出反映出非法占有银行款项的目的。否则,如果他并无非法占有的目的,他有充分条件及时通知银行并

---

① 参见郭向东:《许霆行为不构成犯罪》,载《新京报》2008 年 1 月 19 日。

② 参见《律师为许霆作无罪辩护》,载《中国青年报》2008 年 2 月 23 日。

③ 参见庆发:《运用犯罪构成(模块)比较论证许霆不构成盗窃罪》,载《北大法律信息网》2008 年 5 月 11 日。

④ 参见潘建明:《许霆 ATM 机取款一案的定性及量刑思考》,载《广东法学》2008 年第 2 期。

⑤ 参见黎宏:《许霆案背后当反思罪刑均衡》,载《检察日报》2008 年 2 月 14 日。

⑥ 参见高一飞:《许霆案的律师辩护存在方向性错误》,载《中国网》2008 年 2 月 24 日。

⑦ 《许霆希望得到仁慈的审判》,载《南方日报》2008 年 2 月 23 日。

把钱交还银行。但是,他并未如此行动,而是几天后携款潜逃,直至一年后被抓获归案。事实上,没有任何证据可以证明他在连续多次取款之时存在某种误解,根本没有非法占有的意图,而且,从理论上讲,假如以非法占有为目的盗窃了大量财物之后,即使事后又主动归还失主,由于已构成犯罪既遂,原则上也不能改变其行为的犯罪性质。①

① 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《检察日报》2008年4月2日。

罪责刑均衡原则之定罪功能探

——从许霆案定罪量刑的纷争引出的思考

阮方民[*]　徐杰理[**]

伴随着2008年8月20日最高人民法院对广东省高级人民法院关于许霆案重审裁定的核准,社会各界对许霆案一度纷纷扬扬的争论终于平息了。但是,围绕着许霆一案是是非非的聚讼,在法学界却远未停止。如果我们把眼光放得更远一些,不是仅仅去争论许霆的行为是否构成犯罪,或者如果构成犯罪应当构成什么罪,也不是仅仅去争论对许霆的恶意取款行为在定罪之后究竟是判无期徒刑恰当还是判5年有期徒刑更为恰当,而是透过法院对许霆一案在定罪与量刑的整个过程中前后出现的变化与摇摆所反映出来的问题,作更进一步的思考,或许会比仅仅去争论对许霆究竟应当定什么罪,判多重的刑更有意义。

一、许霆案一审定罪判刑中刑事法官的"困境"

刑事法官在对一个案件的审判活动中必须坚持先定罪后量刑,这不仅是司法实务界普遍遵守的一个经验法则,而且是得到刑法理论界的认可的。一审法院的刑事法官在审判许霆案件时,并没有把许霆案件从一开始就看成是一个与他们平时审理的其他案件有着很大不同的案件,因此他们仍然是遵循了先定罪后量刑的这样一个过去从来不受人们质疑的经验法则,在对许霆定盗窃罪之后依照刑法规定的法定刑幅度从轻但却是理所当然地判处了无期徒刑。然而,一审法院的刑事法官们不曾想到,在对许霆案件作出定盗窃罪、判处无期徒刑的一审判决后,掀起了全国范围对此案判决的量刑公正性质疑的轩然大波。

让我们再把目光对准对许霆案件定罪量刑的一审活动,近距离地看一看刑事法官们到底做了些什么:在许霆案的原一审活动中,刑事法官们遵循着先定罪后量刑的经验法则(也是被司法实践普遍认同的操作规则),在定罪环节上,他们对许霆恶意取款

---

* 浙江大学光华法学院教授,法学博士。

** 浙江大学光华法学院硕士研究生。

行为的法律特征分析后认为,被告人许霆主观上存在着非法占有的目的,符合盗窃罪的主观要件;客观上所实施的恶意取款行为具有"秘密窃取"的特征,符合盗窃罪的客观要件,因此依法应定盗窃罪。在量刑环节上,刑事法官们认为从自动取款机中窃取的17万余元的资金,应属"盗窃金融机构",且达到了"数额特别巨大",故依法应处无期徒刑直至死刑。许霆不存在法定的减轻处罚情节,但一审法官考虑到本案许霆犯罪的具体情节,酌情从轻判处法定刑幅度内的起点刑无期徒刑,这已经是刑事法官在法定刑幅度以内行使量刑裁量权的最大限度了。

为什么一审法官对许霆定盗窃罪后只能判其无期徒刑而不判其低于无期徒刑的刑罚呢?这里面,既有立法上的原因,也有司法实务方面的原因。首先从立法上说,1997年《刑法》修订后,一方面对盗窃罪的法定刑设计较原1979年《刑法》有了较大幅度的下降,对死刑的适用条件作了严格的限定,因而相比较而言从总体上看,1997年《刑法》对盗窃罪的量刑已经算是"轻法"了,要把这个案件搁在1997年前,对许霆判处死刑是唯一选择,怎么可能再要求一审法官对许霆轻判呢?其次自1997年《刑法》实施以来,司法实务方面一直在强调罪刑法定原则下司法必须严格遵守法律规则,司法不得越权,司法不得滥权。因此,一审法官认定许霆构成盗窃罪,进而认定其行为属于"盗窃金融机构",且"数额特别巨大",正是遵循了既定的法律规则。① 毫无疑问,自动取款机里面的资金正是银行拟用于兑付给客户的资金,应当属于"金融机构的经营资金",因此盗窃自动取款机内的现金就是盗窃金融机构;而一旦认定为盗窃金融机构,17万元的取款金额已经构成"数额特别巨大";据此按照《刑法》第264条的规定,起点刑就是无期徒刑。而另一方面,本案中许霆不具有任何法定减轻情节。因此,一审法官一旦认定许霆的行为构成盗窃罪,就不得不一路走下去,最终只能在无期徒刑和死刑中做二取一的选择来确定刑事判决中的宣告刑。

根据一般人的社会观念,我们可以推测一审法官应当认识到了这样的量刑是过重了,但他们只是表现出一种消极的无奈,而不是积极的改变。虽然《刑法》第63条第2款还规定了对不具有法定减轻处罚情节的,如果判处其最低的法定刑仍然显得过重的还可以予以"特别减轻"的制度,但一审法官却宁可弃之不用。② 这是因为,1997年《刑法》将"特别减轻权"提升为必须经由最高法院的核准,这实际上剥夺了地方各级法院的刑事法官原来依照1979年《刑法》享有的此项量刑裁量权。当地方各级法院的刑事

---

① 这里涉及的对许霆盗窃罪判处无期徒刑的法律规则,就是1998年3月10日《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条明确规定:"刑法第二百六十四条规定的'盗窃金融机构',是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。"

② 事实上,自1997年《刑法》将"特别减轻权"从原1979年《刑法》规定的各级地方人民法院审判委员会均享有的权力提升为最高人民法院的核准权后,这项权力已经成为几乎不用且几乎被人遗忘的权力。许霆案件的一个意外之举,"激活"了这项权力,使它重新回到了人们的视野之中。

法官们对具体犯罪案件裁量刑罚时,在被告人不存在法定减轻处罚情节的情况下,尽管可能会感觉到判处法定刑幅度内的最低刑仍然过重,却不敢也不愿行使“特别减轻权”。这就不能不提到一个非常重要的程序性原因,即“特别减轻权”须层报最高法院核准①,由于“特别减轻权”的最终核准是掌握在最高法院的刑事法官手中,使得“特别减轻权”对地方各级法院的刑事法官来说,基本上是一项口惠而实不至的权力。因此,当地方各级法院的刑事法官们在审理一个普通的刑事案件而不是关乎国家和社会重大利益的刑事案件时,他们是不会想到要启动“特别减轻”程序的。即便是审理一个关乎国家和社会重大利益的刑事案件时,地方各级法院的刑事法官们也是不会轻易启动“特别减轻”程序的。因为他们无法揣测到自己一旦启动了“特别减轻”程序之后,所层报的每一级上级法院的法官是否会同意自己的意见;况且,“特别减轻权”的行使到目前为止是没有规则予以明确和制约的,基本上是凭刑事法官对案件形成的主观感受与评价而行使的量刑裁量权。任何一级的上级法院的刑事法官都有可能不受任何规则约束地改变下级法院上报的拟用“特别减轻权”在法定刑幅度以下量刑的判决。可以这样说,“特别减轻”程序的启动对任何一个一审法院的刑事法官来说,都是充满了不确定性的风险的“路途”,一旦被任何一个上级法院“否决”,将不仅仅是形成了一个无谓的可能被指斥为滥用量刑裁量权的“错案”,还将可能极大地损害一审法院的审判公信力。因此,正是在目前的这种立法、司法与体制、程序等多种原因的综合作用影响下,审理许霆案件的一审法院刑事法官的选择只是按简单的规则主义办事,即只在法定刑幅度内行使有限的量刑裁量权,对许霆酌情从轻处罚,决不突破法定刑幅度行使由最高法院定夺的“特别减轻权”,对许霆在法定刑幅度以下减轻处罚。从这个意义上说,一审法院的刑事法官们的选择并没有错,第一次一审判决所形成的对许霆定盗窃罪并判无期徒刑的量刑可能是不合理的,但却是合法的。

但是,一审判决之后,经过网络的广泛报道、评论和网民的热烈评点、议论,许霆案迅速成为舆论批评的众矢之的。一个贪污贿赂上百万的案件可以只被判处十几年,而在本案中,许霆恶意取款就算有罪,面对着涉案金额只有 17 万元的案件,却要被判处无期徒刑,还是法官从轻判决的结果,这样的一个判决显然没有得到多数国民的认同。可以说,第一次一审判决的量刑与多数国民朴素的法感情和法公正理念是相去甚远的。在二审法院将该案发回重审并经过再次一审后,第二次的一审判决在仍然认定许霆构成盗窃罪的同时,在量刑上却通过“特别减轻权”的行使对许霆判处 5 年有期徒刑。与第一个一审判判决相比,从无期徒刑降到 5 年有期徒刑,确实是大幅度地降低了刑罚的惩罚程度,似乎平息了社会舆论的压力。但是,新的质疑与诘问又出来了。而这次的质疑与诘问,却是来自法学界与司法界本身。

① 有学者批评该程序的规定有不妥之处。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2003 年版,第 438 页。

在第一次一审中，刑事法官受制于规则主义，只是在法定刑幅度内追求相对的合理主义，或许是明知量刑过重却不敢越“雷池”一步，不愿去启动“特别减轻”程序寻求在法定刑幅度内的最低刑以下判处刑罚的可能；而在第二次一审中，刑事法官却大胆地突破法定刑幅度的“藩篱”，高举着追求合理主义的旗帜“勇往直前”，决然不受规则主义的任何“羁绊”，走向了另一个极端。这是令人难以接受的。

尽管刑法上对“减轻处罚”（无论是法定的“减轻处罚”情节，还是“特别减轻处罚”）的幅度未作明确的限定，但根据刑法理论界的共识，“减轻处罚”并不是可以不受制约地任意减轻，而只能是减轻到法定刑幅度以下一格处罚。① 但在许霆案的第二次一审中，刑事法官们却将“特别减轻权”运用到无以复加的地步，盗窃罪在“无期徒刑或死刑”的法定刑幅度以下，有期徒刑的刑罚就分别有15年有期徒刑、10年有期徒刑、7年有期徒刑、5年有期徒刑、3年有期徒刑、2年有期徒刑和1年有期徒刑等“格”。如果只能降一格量刑的话，那对许霆就只能减轻到判处15年有期徒刑；再放得宽一些的话，“只有在上一格和下一格之间相差期限不长，在法定刑以下一格判处刑罚仍然过重时，才可以不受一格的限制”②，也就是说，如果允许降两格量刑也只能在10年以上到15年以下有期徒刑之间确定一个宣告刑。但是本案的第二次一审判决所判处的5年有期徒刑，刑事法官甚至已经越过了法定刑幅度以下的4格来进行“特别减轻”处罚。其“越格”的幅度之大，令人瞠目结舌！同一个一审法院的刑事法官，从第一次一审判决所表现出来的那种僵硬、刻板地追求规则主义而不敢大胆追求合理主义行使“特别减轻权”的“懦夫”一变而成为第二次一审判决所表现出来的那种不受规则主义羁绊而执意追求合理主义的“狂人”，前后判若两人。

第二次一审判决或许在量刑上要比第一个一审判决合理些，关上了量刑不合理的这扇“大门”，但却可能从此开启了另一扇“大门”，即减轻处罚是可以不受任何限制的减轻，只要不走到“免除处罚”，都是“减轻处罚”。如果许霆案件就此成为判例的话，那么今后，“减轻处罚”的减轻幅度不受任何限制就将成为一个判例规则，具有全国范围的普适效力。但是果真如此的话，今后刑事法官们在审判案件时将可能面临着两大难题：

（1）在审判其他类似的恶意取款案件时，如何适用“特别减轻权”？刑事法官们将仍然不得要领。因为，许霆案件中的“减轻处罚”已经跨越了4格，反正法律没有明确限定，未必不能跨越5格抑或6格？如果这样适用“减轻处罚”量刑的话，那么刑事司法实践中长期以来业已形成的量刑基准都将被摧毁，而无法重建一个新的统一的量刑标尺。今后在审判类似的恶意取款案件时，各级地方法院的刑事法官们将因缺乏一个

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理（第三卷）》，中国人民大学出版社1994年版，第262页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第438页。

相对明确的量刑标准仍然不知该如何减轻,减轻到何种幅度才属合理?

(2)在审判其他案件时,如何适用“减轻处罚”?刑事法官们可能会恣意妄为。因为,既然“减轻处罚”可以不受任何限制,那么降1格、2格行,降3格、4格也行,甚至降5格、6格也不是不可以。只要不降到“免除处罚”,都属于“减轻处罚”。“减轻处罚”的跨度如此之大,要么,刑事法官因裁量权太大而不敢行使这项权力;要么,为某些恣意妄为的刑事法官洞开了滥权的“城门”。

所以,让我们来这样评价许霆案件中的两个一审判决:第一次的一审判决在规则主义的制约下有限追求合理主义是个合法但缺乏合理性的判决;第二次的一审判决在不受规则主义的制约下无限追求合理主义可能是个合理却多少有些不合法的判决。为什么会形成这样一个二律悖反的判决现象呢?需要引起我们理论界的足够重视。

二、许霆案定罪的思路或许应当改变

长期以来,刑法理论界与实务界对构成犯罪的社会危害行为的刑事责任的评价已经形成了一定的固有思路:一是“先定罪,后量刑”,认为只有定罪准确了,才能根据不同的犯罪,确定不同的刑罚。如果定罪定错了,量刑必然是不当的。二是“重定罪,轻量刑”,认为定罪有明确的构成要件制约,易于把握,而量刑弹性太大,不易把握。因此,刑法学者们更愿意花费大量的精力研究犯罪构成理论,而疏于研究量刑理论;刑法实务界也普遍认为定罪是要精确的,但量刑是无法做到精确的。许霆案件的定罪量刑集中地反映了上述两方面的问题。

在对许霆案件定罪的争论中,主要存在着几种不同的观点:(1)主张定盗窃罪。该观点认为:从定性上看,在主观方面,许霆具有非法占有的目的。许霆的第一次取款行为并不具有非法占有的目的,应当认定为不当得利,甚至第二次“抱着试试看的心态”也可以认定为不当得利,但是许霆在接下来的170余次的取款行为却是在非法占有的目的支配下完成的。在客观方面,许霆的行为符合盗窃罪的客观构成要件。许霆采用自认为不使所有人、保管人、持有人发觉的方法,将他人财物转归本人,符合秘密窃取的特征。许霆采取的是违反银行管理者意志的手段完成犯罪行为的,而不是基于银行管理者的意思瑕疵,所以不能构成金融诈骗罪。许霆非法排除了银行对自动取款机内现金的占有,应当被认定为盗窃罪。从量刑上看,“盗窃金融机构”是“盗窃金融机构的财物”的缩略语,盗窃自动取款机内的现金应当被定性为盗窃金融机构。但持该观点的学者虽然都主张许霆的行为构成盗窃金融机构,但是几乎都主张对许霆给予减轻处罚,理由大概有三个,一是银行明显存在过错,二是违法程度较轻,三是责任程度

较轻。[①] (2) 主张定诈骗罪或信用卡诈骗罪。其中,主张定诈骗罪的观点认为,许霆恶意取款的行为是一种"虚构事实或隐瞒真相"的行为[②];主张定信用卡诈骗罪的观点认为,许霆恶意取款的行为属于使用信用卡恶意透支的行为。[③] (3) 主张无罪,属不当得利。该说认为,许霆行为不能构成盗窃罪和侵占罪,只是民法上的不当得利,是道德缺失和境界不高的问题。[④]

首先,应当明确,许霆的行为不是无罪的不当得利行为。不当得利是民法关于债的形成的一项重要制度,其制度设计的目的在于使受益人返还其无法律上依据而获得的利益。就构成条件而言,不当得利不以受益人取得利益的行为具有故意、过失或不法性为必要,通常是因交易对方的过错而多交付了财产利益,故一般表现为行为人无过错的消极的取得利益行为,更不存在刑法上的非法取得占有行为。而刑法上的侵财型财产罪以行为人具有刑法上要求的特定的罪过并在此罪过支配下实施了特定的侵犯财产行为为条件。具体来说,只要行为人出于非法占有他人财产的目的而实施了非法改变他人财产占有关系的行为,就构成了刑法规定的侵财型财产罪。在本案中,许霆从第二次行为时起,就是明知自动取款机存在着识别错误与处理错误的缺陷,而恶意地利用这一缺陷通过操作自动取款机使自己得利,并使银行受损。因此,在主观上许霆存在着刑法上侵财型财产罪所要求的"非法占有目的"是清楚的,在客观上他在该特定目的的支配下实施了"非法改变他人财物占有关系的行为"也是无疑的。他对特定财物的取得明显是属于一种积极取得行为而不是消极取得行为。因此,对许霆的行为应当被评价为犯罪行为而不是无罪的不当得利行为。

其次,应当看到,许霆的行为虽然应当作有罪的否定评价,却既不是典型的盗窃罪,也不是典型的诈骗罪或者信用卡诈骗罪。

主张定盗窃罪的观点认为,许霆的恶意取款是银行管理人所不知道的,即符合"秘密窃取"的盗窃罪特征。但这种观点的问题在于:第一,银行管理人对许霆的恶意取款不知道,是否就是"秘密窃取"?如果可以这样推论的话,那么,所有的银行信用卡都具有透支的功能,当持卡人恶意透支并且是超过规定限额的巨额透支时银行都是不知道的,依此逻辑应属"秘密窃取"岂不是都要定盗窃罪了吗?第二,自动取款机的"知道"是不是可以否定"秘密窃取"?银行管理人对自动取款机事先设定了程序,通过自动化的识别程序与处理程序来智能化地实现"人机对话",从而达成便捷的金融交易。凡是

---

① 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008年4月2日;赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载《法制日报》2008年6月1日。

② 参见张学辉:《是窃,还是骗?三论许霆构成诈骗罪》,载 http://www.fabao365.com/case.php?action=viewcase&id=9508。

③ 参见夏祖珠:《许霆案构成信用卡诈骗罪》,载 http://www.66law.cn/channel/viewlawarticle.aspx?lawarticleid=2911。

④ 参见陈晓春:《"许霆案":罪与非罪的激辩》,载《新华日报》2008年4月18日。

通过自动取款机的自动识别与自动处理功能而完成的金融交易应当认为都是银行管理人知晓的。正是从这个意义上说,自动取款机对许霆操作发出的指令识别错误或者处理错误应当视为是银行管理人本身的错误,而不应当把它仅仅看成是机器的错误而与银行管理人无关。如果把机器的错误与银行管理人的错误决然分离看的话,那就会陷任何通过自动取款机的金融交易于一个"悖论的怪圈",即凡是自动取款机识别正确或处理正确而达成的金融交易都是银行知道的,凡是自动取款机识别错误或处理错误而达成的金融交易都是银行不知道的。这显然是不合逻辑的。第三,许霆的恶意取款行为对财物原占有关系的改变是通过操作自动取款机由机器"交付"给他而实现的,即他的操作自动取款机行为与财物从银行的占有之下转归他非法占有之间有一个自动取款机的"交付"行为为中介的,并不是由他的行为(如砸毁自动取款机而从中获得款项)直接改变了财物的占有关系,这也与"窃取"的传统意义有相当大的差异。第四,即使许霆利用自动取款机的识别错误或处理错误而恶意取款可以被解释为符合盗窃罪的构成特征,但显然这种行为不是典型的盗窃罪,而是通过解释的方法对盗窃罪的构成要件加以某种程度地扩张解释才被"纳入"盗窃罪的"家族"的,因而是非典型的盗窃罪。这也可以从主张定盗窃罪的学者们以及审理许霆案件的一、二审法院均主张对这种盗窃罪不能按法条设定的法定刑幅度量刑,而执意要动用"特别减轻权"在法定刑幅度以下量刑就足以说明,这是一个非典型的盗窃罪。因为,如果许霆的恶意取款行为就是立法上本来意义的盗窃犯罪,即使不属"盗窃金融机构,数额特别巨大"的情形,依法所处的也将在5年以上的有期徒刑,而不可能是在具有"盗窃金融机构"且"数额特别巨大"的情况下,却反而判得较普通盗窃罪还要轻。这恰恰说明,恶意取款行为与立法上原本意义的盗窃罪只是具有某些特质的相同或近似但并非完全相同。

主张定诈骗罪或信用卡诈骗罪的观点认为,许霆的恶意取款行为是"虚构事实或隐瞒真相"而造成了自动取款机的错误识别和错误处理因而交付了财物。但这种观点在解释上也不是没有问题的。比如,自动取款机的错误是否等同于银行管理人的错误?为了解决这个问题,有观点主张自动取款机是银行"电子代理人"①的说法。但机器能否成为代理人在解释学上是一个障碍,但是,也并非是不能逾越的障碍。"电子代理人"具有智能化的处理事务的能力,它能实施一定的法律行为,如签订、变更、履行合同等。但要明确的是,该智能是"电子代理人"的"被代理人"所预设的,有限的体现"被代理人"意志的一种程序。实际上,"电子代理人"的行为并不具有独立的意义,而是"被代理人"的行为和意志的预先设定,质言之,其行为就是"被代理人"的行为。从法学理论应当因社会发展有创新才有生命力来看,在现代科技条件下,法学理论应当

① 这里的"代理人"只是借用民法上代理人的名称而已,并不准确。前者只是一种电子设备和智能化的程序,并非民事主体,后者是真正的民事主体,但是前者又具有后者的一些特征,典型的如法律后果的归属性。

承认自动取款机是“电子代理人”的一种具体形式，它实施的行为、体现的意志都是银行管理人所预先设置的。因此，应该肯定自动取款机在银行管理人的预设程序条件下是具有一定的意识性的。实际上，银行柜台对于 5 万元以下的资金业务并不需要核对身份证①，其对交易行为人身份的识别方法主要是通过密码和行为人所持信用卡是否具有正常交易的功能进行的，而这些识别方法在自动取款机上都被预设了。因此，如果说柜台工作人员能够陷入错误认识，那么基于银行管理人所预设的、体现银行意志的自动取款机也能够陷入错误意识。再从司法实践的现实看，关于自动取款机能够被骗，我国的司法实务界已经作出若干突破，予以了一定的认可。2008 年 2 月 19 日公布的《最高人民检察院关于拾得他人信用卡并在自动柜员机（自动取款机）上使用的行为如何定性问题的批复》就规定：“拾得他人信用卡并在自动柜员机（自动取款机）上使用的行为，属于刑法第一百九十六条第一款第（三）项规定的‘冒用他人信用卡’的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。”这似乎已经修正了机器不能被骗的传统观点。

另外，按现行的诈骗罪的通说，许霆的行为是否属于“虚构事实或隐瞒真相”也有一定的问题。因为，他在操作自动取款机时并没有“虚构事实”陷自动取款机于错误认识，也没有“隐瞒真相”使自动取款机误以为他的卡里有那么多钱而向他支付，完全是自动取款机自己出现的识别错误与处理错误被许霆利用了。但这可能也是中国刑法学理论对诈骗罪解释上的一个缺陷。在大陆法系国家，“隐瞒真相”通常被解释成是一种不作为，即明知对方可能存在着错误认识，有义务告知对方事实真相却不告知，使对方在“产生错误”或者“继续错误”的情形下向自己交付财物。也就是说，诈骗犯罪可以通过不作为来实施。② 如果交易人违背告知义务而不告知对方事实真相使对方产生错误认识或者继续错误认识仍通过该交付财物获利的，是可以构成诈骗罪的。按此解释，当许霆实施第一个取款行为得到了钱是无意而为之的话，从第二个取款行为开始，他已经知道交易对方存在着错误认识了，就有义务告知真相再继续交易，或者在无法告知真相的情况下可以选择停止交易，但他既不告知又不停止交易，利用交易对方的错误继续交易而使自己非法得利，这是可以解释为诈骗罪的。当然，不可否认的是，如果对许霆的行为要定诈骗罪或信用卡诈骗罪，也不是一个典型的诈骗罪或信用卡诈骗罪，而是通过一定的扩张解释才实现的。

无可否认，许霆案在应当定罪问题上是有多数人共识的，但在如何定罪上却存在着一定程度的“两难选择”。现在的问题是：按照传统的经验法则以及业已形成的司法

---

① 中国人民银行《关于大额现金支付管理的通知》第 3 条规定：“对一日一次性从储蓄账户（含银行卡户，下同）提取现金 5 万元（不含 5 万元）以上的，储蓄机构柜台人员应请取款人提供有效身份证件，并经储蓄机构负责人核实后予以支付。”

② 参见〔日〕西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 116 页。

操作规则是一定要依循“先定罪,后量刑”的操作思路来解决对刑事案件的定罪量刑的。但结果却是,当主张定盗窃罪的那些学者与刑事法官按照构成要件解决了本案应当定盗窃罪后,从第一个定罪的“大门”进去,却发现只有一条路迫使你必须进入到第二个量刑的“小门”,也就是在那扇门里面,“盗窃金融机构,数额特别巨大的”起点刑无期徒刑在等着你。诚然,刑法学者们可以理直气壮地提出在对许霆定盗窃罪之后可以行使“特别减轻权”对他减轻处罚刑。但学者们的这种看法大多数情况下是不切实际的。因为,在司法实践中,面对着许霆这样一个普通的刑事案件,地方各级法院的法官往往因顾忌到受到所谓滥用“特别减轻权”的指责,或者因顾忌到各个上级人民法院的刑事法官未必会同意或核准他的“特别减轻”判决,因此他虽可能明知判处无期徒刑仍然过重,却不愿冒风险去启动“特别减轻”程序而宁愿选择“酌情从轻处罚”按起点刑量刑。也就是说,沿着规则主义的“合法性”道路一路走下去,其结果最低只能是无期徒刑而不可能是其刑罚,别无选择。既然这样,那为什么一定要选择走定盗窃罪这根“独木桥”呢?笔者认为,在两罪相互交错定罪界限模糊不清的情况下,未必一定要依循“先定罪,后量刑”的传统思路来解决问题,也许换一个思路来考虑问题会使人豁然开朗。

刑事责任的否定评价必须经由两个司法环节才能得以实现,即第一是定罪环节,第二是量刑环节,通常的认识是只有定罪准确才能量刑恰当。但换一个角度来看,刑事责任的实现最终落脚点还是量刑,定罪只是到达量刑的一个“桥梁”。因此,从某种意义上说,“先定罪,后量刑”的思路不一定是对的,因为“先定罪,后量刑”未必就一定会使量刑恰当。在特定的条件下,或许反而“先量刑,后定罪”的思路是有可取之处的,这其实是与中国民间俗语“看菜吃饭”、“量体裁衣”中包含的朴素的哲理思想是相吻合的。当然,这并不是说在未定罪的情况下就先解决量刑问题了,而是说,在某些情况下应当从考虑给予某种犯罪行为以恰当的量刑裁量入手,即从罪刑相当的角度来考虑准确定罪,从而使罪责刑三者能够达到和谐的一致与均衡。关于量刑对定罪的影响,我国一些学者已经注意到了。① 就许霆案来看,在定盗窃罪与诈骗罪各有一定道理又各有一定问题的“两难选择”情况下,如果不是先从定什么罪上考虑而是先从如何量刑才恰当上考虑,未必定盗窃罪就比定诈骗罪或信用卡诈骗罪更妥当,也未必定诈骗罪或信用卡诈骗罪就一定要比定盗窃罪更不妥当。笔者认为,与其按现在的一、二审判决对许霆的恶意取款行为定盗窃罪按“特别减轻”量刑,不如对许霆的恶意取款行为定诈骗罪或信用卡诈骗罪来得更为合理,也更为便捷。因为:第一,诈骗罪或信用卡诈骗罪的法定刑幅度较盗窃罪普遍为轻,相对而言如果定诈骗罪或信用卡诈骗罪在刑事责任

① 参见蔡鹤:《法条竞合的分类及法条选择原则——以罪刑法定原则和罪刑相适应原则为视角》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2007 年第 6 期。

的承担上也要轻一些，因而在量刑上更容易与社会大众朴素的公正意识所期待的处罚程度相接近；第二，如果定诈骗罪或信用卡诈骗罪的话，地方各级法院的法官可以避免启动“特别减轻”程序必须层报至最高法院核准的“风险”和“延宕”，使许霆案这样一个原本并非具有全国范围重大影响及具有重大社会政治意义的案件能够得到迅速的处理；第三，如果定诈骗罪或信用卡诈骗罪，可以为未来处理类似的普通刑事案件避免启动“特别减轻”程序而节省有限的司法资源。试想，如果对许霆这样的盗窃罪案件都要动用“特别减轻”程序，那今后将会碰到多少类似盗窃罪的普通刑事案件要动用这一特别程序呢？最高人民法院对此类普通刑事案件的“特别减轻”每案必核，岂不要耗费很多宝贵的司法资源？第四，如果定诈骗罪或信用卡诈骗罪，因避免启动“特别减轻”程序可以为今后司法实践对具有重大影响力的特殊刑事案件行使“特别减轻权”而留下必要的司法回旋空间。由于现行刑法对“特别减轻”未明确规定其“减轻”的限度，对一般的普通刑事案件，通常即使需要“特别减轻”，无论从法理上考虑还是从现实需要考虑，都应当受到比较严格的限制，减轻的幅度不宜过大；只有对极个别的对国家利益具有重大影响的特殊的刑事案件，如涉及外交、国防、政治、宗教等领域的关系国家重大利益的特殊刑事案件，才允许在“特别减轻”时予以特别的宽恕，可以有较大的减轻幅度。也就是说，从合乎法的精神上考虑，普通刑事案件与特殊刑事案件的“特别减轻”幅度应当是有较大的或明显的差别的。可是现在，一、二审法院对许霆所定的普通盗窃案在“特别减轻”时动辄降了4格，这无疑将会挤压未来对特殊刑事案件适用“特别减轻”的幅度空间，使今后对特殊刑事案件适用“特别减轻”与对普通刑事案件适用“特别减轻”可能会几无差别甚至完全相同。这显然是不合适的。

三、罪责刑均衡原则之定罪功能及其运用

刑法学界认为《刑法》第5条的规定确立了“罪责刑均衡原则”，或称“罪责刑相适应原则”，并解读为“罪—责—刑”的逻辑递进结构，也就是具有先“定罪”，后“定责”，再“定刑”的司法功能。“罪、责、刑三者的关系是：罪行的大小决定刑事责任的大小，刑事责任的大小决定刑罚的轻重。刑事责任是罪行与刑罚的中介，刑罚是刑事责任的主要承担形式，也是罪行的法律后果。”①但是，对该原则的司法功能或许需要重新解读，即在一般情形下，如前所述，刑受制于“罪”与“责”，也就是要按照先定罪，再定责，后定刑的司法逻辑顺序对某种危害社会的行为进行定罪量刑的实务操作；但在某些特殊情形下，“责”与“刑”对“罪”也具有一定的反作用影响力，也就是可以先从判断“责”与“刑”入手来考虑定罪。由于“量刑”是刑事责任承担与实现的最终落脚点，因此，当遇到某种行为具有犯罪的社会危害性需要受到犯罪的否定评价但却介于“两罪疑难”情

① 陈明华：《刑法学》，中国政法大学出版社1999年版，第54页。

形时,可以确立这样几个司法操作规则:(1)如考虑定重罪,则应当对其在重罪的法定刑幅度内酌情从轻量刑;如考虑定轻罪,则应当对其在轻罪的法定刑幅度内酌情从重量刑,以寻求定罪量刑上的相对平衡。(2)如定重罪的理由比定轻罪的理由充分,但在该重罪的法定刑幅度内即使按最低刑量刑仍然明显失衡时,从案件审理的时效性及避免不必要的司法资源耗费等因素考虑,对一般的普通刑事案件不应当轻易动用"特别减轻权",应考虑定另一轻罪为宜,即在尽可能不动用"特别减轻权"的情况下实现罪责刑均衡。(3)"特别减轻权"动用应当尽可能针对具有重大外交、国防、政治与宗教等影响到关系国家重大利益的案件,因此,对具有重大影响力的"两罪疑难"案件,如果定重罪是必须的,但不减轻处罚不足以实现罪责刑均衡的,才可以考虑动用"特别减轻权"。这是对罪责刑均衡原则司法功能的全面理解。也就是说,罪责刑均衡原则不仅具有定责与定刑的司法功能,还具有某种程度的指导定罪的司法功能。

这样理解,是否会因此而造成罪责刑均衡原则对罪刑法定原则构成破坏和冲击呢?应当承认,这种担忧不无道理。但笔者认为,在某种行为符合某个犯罪构成要件即定罪条件极明确,即不存在"两罪疑难"的情况下,是不能如此操作的,否则,就破坏了罪刑法定原则。但是,在某种行为属于非典型地完全符合两个以上犯罪的构成要件,即存在着"两罪疑难"的情况下,就可以如此操作了。这并不违反罪刑法定原则,而是从罪责刑均衡的角度对罪刑法定原则的补充。罪刑法定原则从诞生至今两百多年,已经经历了从形式合理性到实质合理性的发展,包含着形式的侧面和实质的侧面,前者指的是法律主义、禁止事后法、禁止类推解释、禁止不定期刑,这些都是传统的罪刑法定原则的内容,后者指的是刑罚法规的明确性原则和刑罚法规的内容的适正的原则,刑罚法规的内容的适正的原则包含着两方面的要求:禁止处罚不当罚的行为和禁止不均衡、残虐的刑罚。可以看到,罪责刑均衡原则实际上可以被包含在罪刑法定原则里面,是罪刑法定原则的一个重要方面,或者说其本来就是罪刑法定原则的一个组成部分,而我国1997年《刑法》将这两个原则分别予以规定,造成了一定的外表上的冲突与矛盾,但内在的两者还是相联系、相统一的。在大陆法系国家,对于犯罪和刑罚明显失衡的规定,即使符合形式的罪刑法定原则,但是如果从罪刑均衡以及其他各个角度来看明显不合理的话,就认定是违反了实质的罪刑法定原则,审判机关可以拒绝适用罪刑失衡的法律,并且该规定还必须接受违宪审查。[①] 我国目前尚无违宪审查制度,刑事法官也不能拒绝适用罪刑失衡的法律,在许霆案件中,刑事法官如果认为其行为构成盗窃罪,他不能认为盗窃金融机构且数额特别巨大必须要判处无期徒刑和死刑太过严重而拒绝适用该法律规定,一旦刑事法官选择了定盗窃罪,他就必须一路走到底,既不存在着"三岔路"可选择,更不存在着回头路。因此,从罪责刑均衡的原则是对罪

① 参见黎宏:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第52—53页。

刑法定原则补充的角度出发,在并不违反形式的罪刑法定原则下,对于“两罪疑难”案件,将案件定性为较轻的犯罪而避免轻易动用“特别减轻权”不失为一种现实的司法选择,并不是对罪刑法定原则的一种破坏,恰恰是对罪刑法定原则的一种实质上的符合与贯彻。

应当指出,罪责刑均衡原则所具有的一定程度的定罪司法功能在既有的刑法立法与刑法理论中也是有所反映的。例如,刑法理论上对想象竞合犯与牵连犯中所触犯的数罪主张“从一重处断”的定罪原则,对吸收犯中所触犯的数罪主张以“重行为吸收轻行为”的定罪原则,实质上都隐含了在“两罪交错”的情况下,根据相应的刑事责任及刑罚裁量来考虑定罪的思路。这样的刑法理论在我国刑法立法上也得到了相应的反映。如《刑法》第 149 条第 2 款规定“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”上述立法规定虽然针对的是一行为明确触犯两罪即“两罪交错”明确的情形下的定罪选择,但其包含的可以按照两罪的刑罚轻重而选择定罪的立法思路却是可以同样适用于一行为模糊触犯两罪即“两罪疑难”情形的。

另外,我们还应当看到,罪责刑均衡原则所具有的定罪司法功能,在司法实践中也一定程度地存在着相应的做法,只不过没有人明确地提出而已。也就是说,在某些“两罪疑难”的特殊案件中从恰当定责定刑入手而考虑按轻罪定罪量刑,目前较多时还是个“潜规则”。比如,当碰到一些青少年采取轻微的暴力强行夺取他人较少的财物时,是既可以解释为符合抢劫罪特征,也可以解释为符合寻衅滋事罪特征的,但如果一旦对此类行为按抢劫罪定罪,其刑罚将至少在 3 年以上有期徒刑,显得过重了。因此在不少地方,司法机关都将此类案件按照轻罪解释即定为寻衅滋事罪了,从而达到罪责刑均衡的目的与效果。又如,当碰到一些欺行霸市以暴力或者暴力相威胁强行将低价货物以超高价格卖给他人的行为时,是既可以解释为符合抢劫罪的特征,也可以解释为符合强迫交易罪特征的,但如果一旦对此类行为按抢劫罪定罪,其刑罚将最低在 3 年以上有期徒刑,也显得过重了。因此在不少地方,司法机关从实现罪责刑相适应的目的考虑,都将此类案件按照轻罪解释即定为强迫交易罪了,社会大众对这样的定罪量刑也是接受和认可的,表明达到了罪责刑均衡的社会效果与法律效果。这些都说明,在“两罪疑难”的案件中,通过考虑恰当地定责与量刑来指导选择定罪,是一个被现实接受的司法操作“潜规则”。我们需要将之浮上水面,让它成为一个堂而皇之的“显规则”。

许霆案的初步思考

马长生[*]　李莎莎[**]

2006年4月，广东省某机关保安员许霆持本人余额仅有170余元的银行卡取款时，利用广州市商业银行自动柜员机（即ATM机）的故障，171次恶意提款，共取出现金17.5万元，于次年5月22日在陕西宝鸡火车站被抓获。广州市中级人民法院对此案两次审理，均以盗窃罪定罪，而辩护人却认为是不当得利，不构成犯罪。学者们对此案众说纷纭，主张定盗窃罪、信用卡诈骗罪者均有之，还有一些学者则认为许霆的行为不构成犯罪。① 笔者以为，许霆在主观方面确有侵占银行财产的故意，但构成何罪，尚需进行辩证分析。

一、许霆案的两个阶段：触犯道德阶段与触犯法律阶段

马克思主义告诉我们，世界上任何事物的发展都有阶段性。许霆案也不例外。认真研究许霆案，可以察知本案有两个阶段：第一阶段，以正常的合法的程序恶意取款，违反了道德规范；第二阶段，许霆对以正常程序取到的17万余元银行财产负有保管与退还义务，但他执意侵占，携款潜逃。我们不妨对许霆案的两个阶段稍作分析。

---

* 湖南师范大学法学院教授、博士生导师，湖南省法学会刑法学专业委员会会长，湖南省法学会学术委员会副主任。

** 湖南师范大学法学硕士。

① 参见王作富：《许霆构成盗窃罪》，载《人民法院报》2008年4月2日第6版；陈兴良：《许霆案的法理分析》，载《人民法院报》2008年4月1日第5版；张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，载《人民法院报》2008年4月1日第5版；苏沉：《我们应否需要水浒语境下的正义》，载《人民法院报》2008年1月17日第5版；刘明祥：《在ATM机上恶意取款行为不应定盗窃罪》，载《检察日报》2008年1月8日第3版；夏祖珠：《许霆案构成信用卡诈骗罪》，载 http://www.chinalawedu.com/huangye/viewarticle.asp?id=2296。谢望原：《无情的法律与理性的解释》，载《法制日报》2008年1月28日第14版；万静：《恶意取款案成热点，专家激辩许霆案是否有罪》，载《法制日报》2008年2月3日第8版；杨兴培：《"许霆案"的技术分析及其法理思考》，载《法学》2008年第3期；侯国云、么惠君：《许霆取款行为不应以犯罪论处》，载《法制日报》2008年1月20日第14版。

（一）触犯道德阶段：以正常的程序恶意取款

任何犯罪的构成，都必须具有客观上的危害行为和主观上的罪过，二者缺一不可。许霆在取款时，主观上确有侵占银行财产的故意，这是毋庸置疑的。问题在于，许霆的取款方式是否违法。众所周知，许霆在取款时对ATM机并未施加任何破坏，而且使用本人的银行卡，输入事先同银行约定的密码，按照正常的操作程序取出钱来。说到底，许霆是利用合法的方法企图实现非法的目的。在这个过程中，同许霆打交道的是ATM机，是银行的"电子代理人"。[①] 电子代理人不同于法律意义上的代理人，而仅是一种能够执行人的意志的智能化交易工具，是人的意志的延伸。[②] 许霆同电子代理人的每一笔交易都自动进入了银行的程序系统。《中华人民共和国电子签名法》第4条规定："能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。"所以，许霆的交易方式，完全符合电子签名法的规定。电子代理人按照许霆的申请足额给付，却没有如实记账，这是由于信息系统本身的错误而导致的意思表示不准确，在电子商务法中称为"电子错误"。"电子错误产生的根本原因是系统本身设计的缺陷，要按照电子错误的归责原则来追究电子处理系统提供方的责任。"[③] 这就是说，如果因为银行ATM机的电子错误给客户造成损失，银行应当负责赔偿客户损失；如果因为银行ATM机的电子错误给银行自身造成损失，那么只要客户退还因电子错误多取的款项，客户也不必承担什么责任。

问题在于许霆明知ATM机不正常，却恶意反复提款，其行为性质应如何界定。笔者认为，从理论上讲，客户在恶意提款之后，仍然有两种可能：一是自己良心发现退回款项，或者慑于法律的威严退回款项，或者在亲友的劝告下退回款项，或者由于银行及时发现索回款项。在这种情况下，客户只存在道德问题，不存在违法问题。二是客户财迷心窍，拒不退还，从而进入违法阶段。

---

① 联合国国际贸易法委员会颁布的《电子签名统一规则（草案）》第8条在强化证书内容中规定和使用了"电子代理人"一词。电子代理人实质是一个计算机程序，或者电子手段或者其他自动化手段。电子代理人不具有独立的意志。电子代理的选择与使用完全取决于电子被代理人的意志，每个命令的执行从总体上讲都是经过了电子被代理人的同意或授权。电子代理人不像普通代理人有可能越出代理权，甚至会出现无权代理、恶意代理等情况。因为普通代理人是具有个人独立意志的人，很有可能作出不忠实于被代理人的事。而电子代理人则是电子被代理人的最忠实的代表，除非出现了机器故障。然而这也不是电子代理人的错误，即使出错也是被代理人某些环节的疏忽或照顾不周而导致的。电子代理人的意思表示只是电子被代理人的意思表示的预设，电子代理人在主观上没有"愿望"、在客观上也没有能力去改变被代理人的预设意思。因此，电子代理人的行为所产生的法律后果当然归属于电子被代理人。参见王耀辉："简析电子代理人"，载 http://www.cqvip.com/qk/84152x/200601/21010707.html。

② 参见方美琪：《电子商务概论》，清华大学出版社1999年版，第186页。

③ 李双元、王海浪：《电子商务法》，北京大学出版社2004年版，第124—125页。

(二)触犯法律阶段:不履行保管与还款义务携款潜逃,触犯了侵占罪法条

许霆以正常程序恶意提款17万余元之后,就必然产生了对该款妥善保管(不能动用和丢失)和归还银行之义务。无论出于什么原因,只要许霆能够在第一阶段完璧归赵,那么许霆的问题就可以在道德范畴画上句号。如果许霆由于良心发现而主动将17万余元还给银行,并告知ATM机的反常现象,提请银行及时堵塞漏洞,那么,这将成为许霆成功的道德自救,他不应再受到任何谴责。然而,取到巨款的许霆尽管惶恐不安,却又欲罢不能,他不仅未尽保管与还款义务,反而携款潜逃,任意挥霍,拒不退还。这样,许霆就将自己推向了违法阶段;他触犯了《刑法》第270条,构成了侵占罪,而且属于数额巨大,情节严重的侵占罪,依法可以判处2年以上5年以下有期徒刑,并处罚金。

二、许霆案的重审判决量刑适当,定性错误

广州市中级人民法院的重审判决以盗窃罪判处许霆有期徒刑5年,并处罚金2万元,量刑是适当的,但定性却是错误的。尽管广州中院刑二庭庭长甘正培博士和若干权威学者均主张定盗窃罪,并讲了不少确有见地的道理将许霆按正常程序取款的行为解释成秘密窃取,但笔者觉得这些道理尚不能安全自圆其说,尚不能完全服人。

(一)行为人的"恶意"不能改变实施合法行为的性质

许霆的171次取款,每次取款的方式完全是一样的,都是按正常的程序进行操作,法院认定其第一次取款时没有恶意,不属秘密窃取,从第二次取款开始,许霆产生了侵占财产的"恶意",因而属于秘密窃取。① 对这种观点从逻辑上加以分析,难以发现破绽。实际上,行为人的行为具有客观性,是合法行为还是非法行为,并不以行为人行为时是否有恶意而改变。例如,杀人罪在客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为(也可以表现为义务人的不作为),只要行为人实施了这种行为,不管他是大义灭亲式(如父母杀死为害乡里的儿子)的杀人,还是安乐死式的杀人,都是非法的,都无法改变其杀人罪的性质(当然可以影响量刑)。反之,如果行为人实施的行为并不被法律所禁止,尽管他有明显的恶意,也不会触犯刑法。例如,某甲为了侵占某乙的财产,企图杀害某乙。为此,某甲用棉花和碎布缝制了一个布偶,在布偶上写上某乙的名字,并在布

---

① 广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书写道:"经查,许霆是在正常取款时,发现自动柜员机出现异常,能够超出余额取款且不能如实扣账之后,在三个时间段内170次指令取款,时间前后长达3个多小时,直至其账户余额仅剩1.97元为止,然后携款逃匿,其取款的方式、次数、持续的时间以及许霆关于其明知取款时'银行应该不知道'、'机器知道,人不知道'的当庭供述,均表明许霆系利用自动柜员机系统异常之机,自以为银行工作人员不会及时发现,非法获取银行资金,与储户正常、合法的取款行为有本质区别,且至今未退还赃款,表明其主观上具有非法占有银行资金的故意,客观上实施了秘密窃取的行为。许霆的行为符合盗窃罪的主客观特征,构成盗窃罪"。

偶的心脏部位刺上钢针,每天夜里对着布偶咒其赶快死亡,后被邻居发现而案发。显然,某甲的行为是不道德的,但由于这种行为并不为法律所禁止,所以,尽管某甲具有明显的恶意,某甲的行为也不能定性为杀人。

实际上,任何一种犯罪都必须具备主观上的罪过和客观上的违法行为,二者缺一不可。如果仅有主观上的恶意,客观上并没有实施违法行为,或者所实施的行为并没有为法律所禁止,尽管其行为可能是不道德的,也只能对其进行道德上的谴责,而不能给予法律上的否定评价。就许霆案来说,在其行为的第一阶段,许霆虽有明显的恶意,但他持自己的银行卡,在自动柜员机上按正常的程序操作,这种行为本身并不违法。如果许霆在取款之后将多取的款项悉数归还银行,不管他是主动归还,还是在亲友劝说下归还,抑或是在银行追索时归还,许霆均不存在违法问题,更不存在触犯刑律的问题。

(二)符合《电子签名法》的电子交易行为之合法性足以对抗盗窃罪之“秘密窃取”

如前所述,在许霆案的第一阶段,许霆持自己的银行卡按照正常的程序在自动柜员机上操作,是符合《电子签名法》的,它相当于传统方式的签字领款,虽然付款人少记了账,但每一笔款项的领取都办了正常的手续,不管行为人的主观心态如何,客观上他是按照合法的程序领取的款项。在这一阶段,许霆的行为只存在道德上的否定评价问题,不存在法律上的否定评价问题。这一阶段许霆的行为从程序上考察是否合法,《电子签名法》是最权威的适用法律。即便是对照中国人民银行2005年10月26日发布的《电子支付指引(第一号)》和广东省人大常委会2002年12月6日通过的《广东省电子交易条例》,许霆在自动柜员机上的电子交易行为也是合法的。[①] 在法治国家和法治社会里,公民的合法行为无论如何是不能被视为犯罪行为的,即便是该行为有违社会公德。

广州中级法院的法官之所以将许霆的合法的电子交易行为视之为“秘密窃取”,关键问题是混淆了许霆案的两个阶段。如前所述,许霆案的第一阶段是合法的电子交易,虽然许霆在这一阶段已经产生侵犯财产的恶意,但许霆在这一阶段的问题属于道德评价的范畴而非法律评价的范畴。试想,如果许霆连续取款17万余元之后

---

① 中国人民银行发布的《电子支付指引(第一号)》第2条第1、2款规定:“电子支付是指单位、个人(以下简称客户)直接或授权他人通过电子终端发出支付指令,实现货币支付与资金转移的行为。电子支付的类型按电子支付指令发起方式分为网上支付、电话支付、移动支付、销售点终端交易、自动柜员机交易和其他电子支付。”《广东省电子交易条例》第6条规定:“在电子交易过程中,当事人可以约定使用电子签名的程序。使用的程序能够证明以下事项的电子签名为安全的电子签名。(一)确认该电子签名的签署者的身份;(二)证实该电子签名是签署者独有的;(三)证实用该电子签名签署的电子记录的内容未被改动。”该条例第11条规定:“采用下列电子记录形式表示的要约或者承诺,为合同当事人的意思表示:(一)由当事人本人发出的电子记录;(二)由当事人的代理人发出的电子记录;(三)由当事人本人设置的信息系统自动发送或者自动回复的电子记录。”

主动联系银行退回多取款项并告知自动柜员机的反常现象,那么,他又何罪之有呢?然而,许霆由于财迷心窍,越过了这一道德阶段进入了触法阶段。他携带自己负有保管和退还义务的17万余元巨款逃之夭夭,拒不退还,从而将自己送入了法网。

(三)从罪责刑的平衡角度考虑,许霆案也应当定侵占罪

利用电子错误侵占财产,国外的处理普遍比较宽容。这首先是因为国际上通行的做法,是由“在线支付服务提供者对因其重大过失划转的错误造成的损失承担责任。”①2003年11月底,韩国IBM公司在其在线零售网站上将其实际售价1 662美元的笔记本电脑错误地报价为83.1美元,在网站公布价格的一个小时之内,许多消费者完成了购买个人电脑的交易。这些购买者使用信用卡按照公布的价格付了钱。在发现电子错误之后,韩国IBM公司一度拒绝承认在网站报价错误期间消费者所实施的购买行为,这一态度遭到广大客户的抗议,该公司最终作出折中处理,允许购买者以35%的折扣价格购买计算机。无独有偶,2003年10月,日本丸红公司在其网站上也犯了同样的电子错误,当时它将其销售的电脑价格比实际价格少报了90%。② 按照当时的电脑价格计算,该公司至少承担了相当于人民币千万元以上的损失。另据英国《每日邮报》报道,英国苏格兰皇家银行一部ATM机发生故障——取10英镑却吐出20英镑,于是数百人排队取款,直到ATM机里的钱被取光。③ 对此案,英国司法当局并未介入,银行也只是力图将款项追回了事。2002年8月,在英国考文垂的建筑金融合作社也发生了电子错误,导致ATM机狂吐五天,不管人们输入什么密码,是否正确,取款机统统都会按照人们输入的数字吐出英镑。银行总共损失100多万英镑。仅朱伯特一家人就取走13.441万英镑。结果,47岁的朱伯特和他20岁的女儿被判15个月监禁,他20岁的儿子被判12个月监禁,他45岁的妻子则因身体原因而延期审判。④(请注意:这次电子错误不同于苏格兰的电子错误,因为这次错误人们可以违背正常程序取出款项)

我国有关部门对电子错误造成损失的,也强调了金融机构应负的责任。银监会2006年3月1日颁布的《电子银行业务管理办法》第89条规定:“金融机构在提供电子服务时,因电子银行系统存在安全隐患,金融机构内部违规操作和其他非客户原因等造成损失的,金融机构应当承担相应责任。”这一规定同国外的相关规定精神是一致的。

---

① 高富平主编:《在线交易法律规制研究报告》,北京大学出版社2005年版,第234页。

② 韩国IBM公司与日本丸红公司的网站报错价事件的相关报道均据新浪网。

③ 参见《聚焦许霆恶意取款案》,载北大法意数据库 http://www.lawyee.net/News/Legal_Hot_Display.asp?RID=1146。

④ 参见张东锋、周皓:《网友晒案例:英国版恶意取款13万英镑被判1年》,载网易 http://news.163.com/07/1221/05/407BOJQ400011229.htm/#。

在发生电子错误的情况下，客户以正常程序取款给银行造成损失的，因为程序系统留下了客户的签名和真实身份，在一般情况下，银行寻找客户并追回损失相对比较容易。而且，如果银行能够恪尽职守，程序出现问题是可以及时发现的。即便客户拒不退还构成犯罪，警方破案及抓捕犯罪嫌疑人也相对比较容易。这种犯罪是一种没有事先预谋的犯罪，在一般情况下对社会的危害不是很大，应当是一种轻罪。以侵占罪定罪，不仅符合这种犯罪的构成特征，而且从罪责刑的平衡角度考虑也是适宜的。反之，如果定盗窃罪（属于"盗窃金融机构，数额特别巨大的"情形可适用死刑），不仅不符合许霆案的基本特征，而且在量刑上还需要在法定刑以下量刑，需要报请最高人民法院核准。且不论 ATM 机是否属于金融机构，仅就盗窃 17 万余元人民币来说，在携赃潜逃、拒不退赃的情况下，还要在法定刑以下处罚，未免显得罪责刑有失平衡。

三、许霆案给我们的启示

许霆案经最高人民法院核准已经尘埃落定了。然而，许案留给我们的思索和启示，却还要继续下去。笔者感触最深的有两点：

（一）应当以新的视角审视电子商务领域里的矛盾、纠纷与犯罪问题

改革开放 30 年来，我们国家的政治、经济形势发生了翻天覆地的变化，各个领域都有不少新情况、新问题需要研究解决。特别是在电子商务领域出现的矛盾、纠纷和犯罪问题，还需要一个认识、研究和熟悉的过程。许霆案究竟是重罪、轻罪还是无罪？各种不同观点的摩擦和碰撞更有利于产生真理的火花。实际上，人们的不同观点也许都反映了许霆案的某一个或几个侧面，即便看起来似乎荒谬的观点也未必全无道理。从自然经济到商品经济，从手工生产到高科技时代，刑法和刑法学已经发生并且必将继续发生重大的变革。我们既要继承和吸收历史留给我们的精华，又要在新的历史条件下对新的问题作出新的回应。电子商务领域是个崭新的领域，是人们相对陌生的领域，对这个领域里发生的矛盾、纠纷和犯罪问题，应当以新的视角进行审视和研究。唯有如此，我们的认识才能符合新的实际和新的情况。

（二）以许霆案为契机，推进我国民主与法治建设

许霆案原审甫一宣判，即引起了社会的广泛关注和热议，这在一定程度上反映了我国民主与法治不断发展的可喜状况。

美国的米兰达案①,我国的孙志刚案②,都曾经推动了法治的进步。许霆案又是一个历史的契机。历史要求我们抓住这个契机,研究、探讨、再研究、再探讨,在探讨和争论中推动我国刑事法治的发展,推动民主与法治建设的进步。

如此,则许霆案将会成为社会主义中国法制史上的又一件经典案件。

---

① 1963 年,美国无业游民米兰达因涉嫌强奸和绑架妇女在美国亚利桑那州被捕,警方要求米兰达供述罪行,经简单审讯,米兰达认罪并在供词上签字。经法院审理,陪审团裁定米兰达罪名成立,法官当庭判其入狱20 年。庭审中检控方的一个重要证据就是米兰达的认罪供词,但米兰达的律师则坚持认为,米兰达在警方未告知他有沉默权这一宪法赋予每个公民的权利的前提下所作出的供词应属无效,警方的行为已侵犯了米兰达的宪法权利。此案上诉至美国联邦最高法院,最高法院9 位大法官以5:4 一票之差裁决地方法院判决无效,原因是警方程序违法。投反对票的5 位大法官认为,警方在询问犯罪嫌疑人之前,应当告知他所享有的宪法权利。最高法院在裁决中明确提出警方审讯犯罪嫌疑人的规则,这就是其后备受争议却又影响深远的米兰达规则。其主要内容有:(1) 警方必须告知犯罪嫌疑人他有权保持沉默;(2) 警方应当告知犯罪嫌疑人他所说的话有可能成为起诉和审判他的证据;(3) 警方应当告知犯罪嫌疑人可以请律师到场或者和律师通电话;(4) 警方应当告知犯罪嫌疑人如果他请不起律师,法庭将为他指定一名免费律师作为辩护人。参见马长生、罗开卷:《论余祥林规则》,载《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2007 年第1 期。

② 孙志刚系武汉科技学院2001 届毕业生,后应聘到广州一家服装公司任职。2003 年3 月17 日晚10 点,他像往常一样出门去上网,因未携带证件,被广州市公安局天河分局黄村街派出所民警错误收容。3 月 18 日晚,孙志刚称有心脏病,被送至广州市收容人员救治站诊治。3 月 19 日晚,因孙志刚大声呼叫,引起救治站护工乔燕琴不满,乔遂与吕二鹏、乔志军、胡金艳等人商量,授意李海婴等8 名被收治人员殴打孙志刚。3 月 20 日凌晨,李海婴等人先后两度对孙志刚轮流殴打,致使孙志刚经抢救无效死亡。后经法医鉴定,孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击,造成大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。孙志刚死后,他的父亲和弟弟从湖北黄冈农村赶赴广州,到处求告无门。《北京青年报》于2003 年4 月26 日以《大学毕业生命丧收容所,家属追问死因连遭碰壁》为题率先报道,遂引起社会的广泛关注和热议,政法机关很快立案侦查,相关责任人员先后被起诉。2003 年 6 月 5 日至 6 日,广州市中级人民法院开庭审理乔燕琴、李海婴等故意伤害孙志刚致死案。9 日作出一审判决,以故意伤害罪判处被告人乔燕琴死刑,剥夺政治权利终身;判处被告人李海婴死刑,缓期2 年执行,剥夺政治权利终身。其他参与伤害孙志刚的被告人以及黄村街派出所原民警李耀辉等渎职人员也分别被追究刑事责任。此后,国务院决定取消收容审查制度。参见《孙志刚命案一审被判死刑》,载《检察日报》2003 年6 月10 日。

ATM机上非正常取款行为的刑法学分析
——以许霆案为分析背景

董玉庭[*]

本文由上下两篇构成。上篇对ATM机上非正常取款行为作了整体上的分析，把ATM机上非正常取款以ATM机是否发生故障为标准，分为机器错误型和无机器错误型两种类型。其中对机器错误型非正常取款行为的分析以许霆案为背景。下篇对许霆案多次取款行为作了类型上划分并进行了专门的分析。之所以本文分成上下两篇，是因为上篇先完成并在《人民检察》2008年第8期发表，下篇是对许霆行为法律定性的补充论证。

上篇：ATM机上两种非正常取款行为之定性

一、问题的提出

何谓ATM机上非正常取款行为？本文的界定是使用信用卡在ATM机上有合法根据的取款行为以外的一切取款行为。有合法根据的取款行为一般是指合法持卡人或已获合法持卡人授权的受托人在发卡银行允许的限额幅度内的取款行为。如果使用信用卡在ATM机上的取款行为无法找到合法根据，即可归为非正常的取款行为。[①] 例如，用骗来的或偷来的或拾得的信用卡在ATM机上取款等，如果说有合法取款根据的取款行为种类是固定的，那么非正常取款行为的具体样态就是多种多样的，除了现实中已存在的非正常取款行为以外，随着犯罪分子犯罪能力的不断提高，更多种的非正

---

* 黑龙江大学法学院教授、博士生导师，哈尔滨市检察院副检察长。

① 无法找到合法根据的取款行为为什么不直接称谓非法取款行为呢？本文的考虑是“非法”的否定性评价色彩过于浓厚，非法行为的确定一般应找到明确的违法根据。如果存在法律真空，一种行为虽没有合法根据，但也找不到违法根据，称非法行为似乎不妥。因此把合法行为以外行为统称为非正常行为可能略显恰当。

常取款行为将会不断出现。本文不想也不太可能把各种各样的非正常取款行为逐一进行分析,本文的研究进路是针对两种具体的非正常取款行为进行分析,通过对两种具体行为的分析,以点带面地对非正常取款行为给予关照,同时,在对两种具体行为进行分析的过程中,不但要解决本文集中讨论的论题,更要通过具体论题的讨论进而展示一种刑法解释学的方法。为达到此研究目的,作为本文研究参照的两种具体非正常取款行为的选择就要具有代表性,所选案例应尽可能全面反映目前存在的各种非正常取款行为的基本特征。基于此种考虑,本文以在发生非正常取款行为时 ATM 机是否发生错误为标准把非正常取款行为分成机器错误型非正常取款和无机器错误型非正常取款。机器错误型非正常取款本文选择许霆案作为分析的背景案件。广州某 ATM 机出现故障,取 1 000 元钱而卡里只扣 1 元。广州一名叫许霆的保安觉得发财的机会来了,告诉同伴郭安山后,2 人分别从中提取 17.5 万元和 1.8 万元各自潜逃,事发后郭安山主动自首后被广州市天河区人民法院以盗窃罪判处有期徒刑 1 年。而潜逃一年后被抓获的许霆日前被广州中级人民法院以盗窃罪判处无期徒刑。在许霆案一审判决结果作出后,社会各界对此案引发热烈讨论,主要观点有三:① 许霆无罪,其行为属于不当得利。② 许霆的行为构成盗窃罪。③ 许霆的行为既不是不当得利,也不是盗窃,而是一种全新的行为。[①] 无机器错误型非正常取款本文选择拾得他人信用卡后在 ATM 机上取款行为。对拾得他人信用卡后的取款行为如何定性已引起学术界关注,刘明祥教授和张明楷教授对此观点分歧很大。[②] 本文的分析将以此二案例为线索展开。

二、方法论的选择

针对同样的案件事实,如果对其进行刑法评价存在不同甚至是完全不同的观点,这就是所谓的法律上出现了疑罪。当法律上出现疑罪时,各方观点的得出都不是凭空的,都有一个解释论证的过程,但是结论却往往无法达成共识。原因就是法律疑罪的本质在于不同解释者个体价值判断存在差别。解释法律的行为永远都是在客观的法律规范之中注入解释者个体的价值判断的过程。在此过程中,客观的法律规范和解释者个体价值判断之间的相互作用共同决定了最后的解释结论。对于学术界而言,法律疑罪的出现可能并非什么坏事,甚至可能因争鸣而使问题的认识更加深刻。但是对于司法而言,一个无法达成解释学共识的疑罪是一种灾难。因此如果站在司法的立场看,为了实现法律(刑法)的确定性、统一性、安全性,追求刑法解释学共识必然是解释主体共同的理论追求之一。为了实现或在一定程度上实现刑法解释学的共识,不同的解释主体之间首先应对刑法解释的方法论问题作出某种选择,尽可能在方法论意义上

---

① 参见《法制日报》2008 年 2 月 3 日。

② 参见刘明祥:《用拾得的信用卡在 ATM 机上取款行为之定性》,载《清华法学》2007 年第 4 期;张明楷:《也论用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为性质》,载《清华法学》2008 年第 1 期。

达成一定程度的共识。当刑法解释的方法趋于统一时,尽管不能保证刑法解释学共识的局面一定能达成,但至少在实现解释学共识的进程中能起一定程度的促进作用。

本文主张在刑法解释的过程中应全面贯彻类型分析方法,类型应成为刑法解释学中的基石范畴。刑事法律条文为了实现规范之目的,必须在条文中对欲加评价的行为用语词或概念加以描述,对行为的描述其实是对行为类型的描述,立法的结果虽表现为一些抽象的概念,但是概念的背后是行为的类型。概念没有类型是空洞的,类型没有概念是盲目的。概念与类型相比,类型才是刑法运作中更值得关注的问题。刑法解释表面上看是对法律条文中概念的解释,但概念背后的类型才是解释的基础。

> 立法者的任务便是在立法过程中,去描述生活事实中反复出现的各种类型,并借助抽象概念作为制定法建构之外形,将其制定成为法律规范,因此规范类型乃成为制定法背后的存在基础;而司法者则必须在适用法律时,在法律规范所意含的类型中掌握生活事实,以便对其加以正确评价,以刑法为例,法律判决的作成,就必须不断地探求为制定法(法律构成要件)基础的不法类型,以求正确评价其所面临的生活事实。①

如果人类的语言没有局限,人类的立法可以将欲评价的行为类型完全概念化,也就是立法可以完全实现行为类型与概念的等价转化,则当规范出台后对规范的解释或理解也许可以脱离规范背后的行为类型。但非常遗憾,人类语言是有局限性的。“立法之目的,完全将类型概念化,是不可能达到的,因此,在具体的法律发现中必须一再回溯到制定法所意含的类型,回溯到作为制定法的基础的规范观念,因而目的论解释的本质在于:它并非以抽象的被定义的法律概念,而是以存在于该概念背后的类型来进行操作。”②完全可以作出这样的判断,某一具体行为能否为某一规范所评价,其实质就是把具体行为与该规范背后的规范类型作比较,如果具有同一性,则说明具体行为可以包括在该规范的效力射程之内,如果不具有同一性,则该规范无法评价该具体行为。刑法条文背后的规范类型并非具体的行为,但是此规范类型与法规范欲评价的行为的典型样态相对应。如果司法实践中发生的具体行为事实恰好是以规范类型的典型样态出现的,此时的刑法解释一般不会出现疑难或争议,因为规范类型与典型行为之间同一性判断不容置疑,甚至会被理解为逻辑的涵摄过程。但是当司法实践中发生的具体行为并非规范类型的典型样态时,该具体行为与某罪名的规范类型是否同一的判断就有可能出现一定的争议。因此,从类型的角度分析,某一具体行为能否被某一刑法规范所评价的判断其实就是此具体行为与该刑法规范的规范类型是否具有同一

---

① 〔德〕亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 13 页。

② 同上注,第 119 页。

性的判断,某一具体行为能否被某一刑法规范所评价的解释学争议,也就变成了该具体行为与规范类型是否同一的判断争议。例如,用拾得的信用卡在ATM机上提款的行为是否构成盗窃罪的解释学争议,也就变成了用拾得的信用卡在ATM机上提款行为与盗窃罪的行为类型是否具有同一性的判断争议。接下来的问题是具体行为与规范类型之间同一性的判断将如何进行呢?如果没有更进一步的分析方略,那么将规范转化为类型的方法论优势将大打折扣,因为类型与规范中的抽象概念相比虽然具有一定的具象性,但类型毕竟不是具体的行为,类型仍然是一种观念上的存在。因此在具体行为与规范类型是否具有同一性的判断过程中,需要引入一个中间的过渡性概念,即规范类型的典型样态,典型样态可以表现或假设为一种具体的行为,典型样态能够展示规范类型的决定性特征。如果具体行为与典型样态具有同一性,则可判断具体行为与规范类型也具有同一性。有了典型样态这样一个过渡性概念的存在,那么具体行为与规范类型同一样的判断就转化为具体行为与规范类型的典型样态之间同一性的判断。当然,有一点必须注意,典型样态与具体行为同一性的判断其本质是类似性的判断,因为在具体层面两种行为完全同一是不太可能的,例如盗窃牛和盗窃马在自然意义上是两种不同的行为,但是盗牛和盗马具有类似性,所以两种行为也就具有了法律意义上的同一性。"在此,我们的兴趣时而在于存在物较大的类似性,时而在于存在物较大的不类似性,进而将其称为相同的或不相同的,其实直接存在的并非相同性或不相同性,而是存在物的类似性问题,因为在等者等之或不等者不等之的原则被意识到之前,所有的事物都是在它们的类似性中掌握个别的不类似性。"①

如果对类型分析方法作一简单通俗的总结可作如下概括:刑法对某种罪名构成行为的规定是一种对行为类型抽象的规定,一般是以此种罪名涉及行为的典型样态为参考,如果在现实中出现的具体案件恰好与刑法规定的典型行为相符合,则此时司法认定过程就比较简单,基本上可以通过逻辑推理即可完成。如果现实中出现的具体案件与刑法规定的典型行为有差别,并不完全相符合,则此时就不太可能通过简单的逻辑推理完成认定。这就需要通过把非典型的现实行为与刑法规定的典型行为作类型化的比较,比较非典型行为与典型行为之间的不同点和相同点,进而得出评价性的结论即此非典型行为与典型行为本质上能否归属于同一行为类型,如果答案肯定,则可认定犯罪成立。如果答案否定,尽管现实行为与典型行为相似,但两者并非能归属于同一行为类型,犯罪不能认定。例如,对于甲罪刑法典中规定了犯罪成立的必备行为要件A,在刑法典中的A只是一个行为类型,还不是具体的行为,但A必然有一个典型的具体行为A_1为其行为类型的参照。当司法现实中发生了具体的行为A_2、A_3……时,

---

① 参见〔德〕亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第67页。

A_2、A_3 等具体行为是否与 A 相符合的判断,其实是 A_2、A_3 等与 A_1 的相似性的判断过程。至于具体行为与典型行为之间相似性的比较仍然是一个艰难的论证说服过程,需要用到的知识除了刑法理论以外,可能还要包括一切有利于实现说服任务的各种知识。本文对 ATM 机上两种非正常取款行为的分析将尽可能使用类型分析方法。当然分析方法就像工具一样,对于一个问题的解决可能会使用多种工具,但一般会有一个较为重要或基本的工具,对 ATM 机非正常取款行为的分析也存在同样的问题,分析过程可能会用到除类型分析方法以外的其他方法,只不过本文认为类型分析方法是最重要的分析路径。

三、拾得他人信用卡在 ATM 机上的取款行为之定性

拾得他人信用卡后在 ATM 机上取款,其行为之定性涉及四个罪名,包括信用卡诈骗罪、诈骗罪、侵占罪和盗窃罪。四个涉嫌罪名的确定,显然是因为此种行为与这四种犯罪类型具有一定的关联或相似,刑法中的其他罪名与此种行为相去甚远,可以不作考虑。如果经过分析,拾得他人信用卡后在 ATM 机上的取款行为与此四种涉嫌罪名的犯罪类型均不相符,则可认定拾得他人信用卡后在 ATM 机上的取款行为无罪。因此对四种涉嫌的罪名的逐一分析过程有点类似于试错的过程。

讨论用拾得他人信用卡在 ATM 机上的取款行为构成何种犯罪,恐怕第一个需要试错的罪名就是信用卡诈骗罪,因为我国《刑法》第 196 条规定信用卡诈骗罪的行为方式是"冒用他人信用卡的",从生活语言的角度分析,用拾得的信用卡在 ATM 机上取款,似乎也是一种冒用他人信用卡的行为,"因为在 ATM 机上取款,是信用卡的一种最基本的使用方式,刑法并未明文规定将这种使用方式排除在'冒用'、'使用'的范围之外,将其排除在外显然是缺乏法律依据的"。[①] 但是法律解释绝不能仅仅局限于生活语言的层面。对于用拾得的信用卡在 ATM 机上取款是否符合冒用他人信用卡之行为类型,应首先判断冒用他人信用卡的典型样态是什么?可以假设这样一种行为:甲为合法持卡人,乙为卡之实际占有人,丙为持卡人身份的实质审查者,在信用卡使用过程中,当乙对丙声称(或以某行为表示)自己是甲时,则乙的行为就是典型的冒用他人信用卡行为。把这种行为认定为冒用他人信用卡之典型行为,无论对拾得信用卡在 ATM 机上取款之定性持何种观点恐怕均得认可。我们再假设一种典型的非冒用他人信用卡的行为:如果银行发行一种新型信用卡,在该卡使用的过程中,银行对持卡人的身份不作任何实质性审查,见卡即付。甲使用乙的此种信用卡就属于典型的非《刑法》第 196 条规定的冒用他人信用卡行为。两种典型行为之间最根本的区别在于信用卡使用时对使用人身份之真假有无实质审查存在,因为在信用卡使用时如果存在对冒用人身

① 刘明祥:《用拾得的信用卡在 ATM 机上取款行为之定性》,载《清华法学》2007 年第 4 期。

份的实质审查制度,则使用人使用假身份的行为对法益侵害必然存在现实的影响,甚至决定了法益的侵害。在信用卡使用时如果不存在对使用人身份的实质审查制度,使用人身份之真假在法律看来对法益侵害没有任何影响。那么拾到他人信用卡在ATM机上取款在类型上到底与典型冒用他人信用卡同一抑或是与典型的非冒用他人信用卡同一呢?鉴于ATM机的使用特点,对于拾到他人信用卡在ATM机上取款本文更倾向认为是非冒用他人信用卡,此种结论的判断依据便是ATM机对信用卡使用人有无身份的实质审查。从目前ATM机的使用情况看,ATM机对信用卡要辨别卡的真伪及密码,对于使用卡的人身份真假而言,此种辨别只是一种形式审查而非实质审查,当信用卡为真及密码正确时,ATM机根本无需审查使用信用卡人与合法持卡人是否同一,或者说ATM机对使用他人信用卡取款的行为人之身份真假无实质审查。因此拾到他人信用卡在ATM机上的取款行为与典型非冒用他人信用卡类型同一,而与典型冒用他人信用卡类型不同一,即使ATM机有自然人专门看护,只要信用卡的取款程序不变,只要该看护的自然人对信用卡使用者身份真假无实质审查,则非冒用他人信用卡的定性就不会改变。既然拾到他人信用卡在ATM机上取款与冒用他人信用卡并非同一行为类型,那么该行为不能定性为信用卡诈骗罪。“在ATM机上取款的行为,只有能取出款和不能取出款之分,而无所谓冒用与非冒用之分。”①

信用卡诈骗罪不能成立,普通的诈骗罪同样也不能成立。“诈骗罪是行为人通过欺骗手段(通常采用虚构事实或隐瞒真相的方法)骗取公私财物控制者的信任,财物控制者基于这种信任主动将财物交付行为人占有。”②诈骗罪行为类型的基本特征是受骗方必须是基于对虚构的事实(或隐瞒真相)的信任而处分财物,如果处分财物与虚构的事实(隐瞒的真相)之间没有因果关系,即使存在虚构事实(或隐瞒真相),也存在处分财产,但不存在诈骗罪。用拾得的信用卡在ATM机上取款时,行为人的行为可以理解为隐瞒真实身份的真相,但是作为财物控制者的银行方面,因为对身份并无实质审查的义务,并没有基于这种假身份的信任而处分财物,银行是基于信用卡和密码的出现而处分的财物,而信用卡和密码都是真实的,所以此种行为与诈骗罪的行为类型显然并不同一。假设ATM机对使用信用卡取款的行为人真实身份有实质审查的程度设计,那么取款人虚构他人身份(或隐瞒真实身份)可能就与银行方面处分财物存在因果关系了,但是诈骗罪可能仍然不能成立,因为对ATM机虚构事实与对自然人虚构事实在类型上仍很难同一。诈骗罪行为类型的典型样态显然是对自然人(有自由意志)的欺骗,对没有自由意志的ATM机的欺骗与典型的诈骗行为类型相去甚远。此种判断的得出主要是基于机器与自然人的本质差别。即使现在某些机器具有了一定程度的

① 张明楷:《也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质》,载《清华法学》2008年第1期。

② 董玉庭:《盗窃罪研究》,中国检察出版社2002年版,第117—118页。

智能化,但是机器毕竟是机器,至少目前尚无法把机器与自然人作同一理解。假如真的在将来有那么一天,机器人和自然人没有任何实质区别了,ATM 机作为机器人可以和自然人一样去实质审查取款人的真实身份了,那么那时用拾得的信用卡在 ATM 机上的取款行为与典型的诈骗罪行为类型就具有了同一性,诈骗罪便可以成立了。但是机器与自然人无区别的时代什么时候到来,恐怕没有人知道。这个时代到来之前,诈骗罪的行为类型仍应坚持在自然人被欺骗的领域。

用拾得的信用卡在 ATM 机上取款能否构成侵占罪呢?首先要确定拾得他人财物构成侵占罪的典型行为。该典型行为的本质特征是拾得他人财物的同时,必须获得对财物的实际占有。例如在大街上拾得他人 10 万元人民币拒不交出的行为就是侵占罪的典型行为之一。信用卡是一种特殊的财物,绝不能简单地与普通动产等量齐观。如果有人拾到他人的信用卡(内存 10 万元人民币)后永远不去使用,那么该行为在刑法上毫无意义。拾到信用卡绝不意味着同时获得了信用卡中记载财物的占有。在刑法意义上信用卡中记载的财物到底由谁占有控制呢?本文认为对于这个问题的回答有必要提出共同占有的概念。对财物的占有形态一般有两种情况:一是物理意义上的有形支配。二是法律意义上的无形支配。两种占有形态均为刑法意义上的占有。从占有的主体数量划分,占有还可以分为单人占有和多人共同占有。共同占有是指两个以上的人共同占有支配财物的占有形态。共同占有可以发生在两个以上物理意义上的有形支配的占有之间,也可以发生在两个以上法律意义上的无形支配的占有之间,也可以发生在两个以上物理意义上的有形支配和法律意义上的无形支配的占有之间。信用卡中记载的财物的占有就是一种共同的占有,是银行的物理意义上的有形占有和持卡人法律意义上的无形占有之间的共同占有。之所以说持卡人占有信用卡中的财物,是因为有关信用卡的法律制度的存在,持卡人在自己的信用卡权利范围内,随意支配信用卡中记载的财物,可以认为持卡人占有信用卡中记载的财物,同时信用卡中记载的财物又被银行等部门实际管理支配,在这些部门的管理权限内,自然应认为其占有该财物。① "持卡人存入银行的现金,已不再由持卡人事实占有,而是由银行事实上占有。""在刑法上,必须承认持卡人在法律上占有着其存入银行的现金。"②因此从刑法意义上讲,信用卡的占有与信用卡中记载的财物的占有并非一回事,当行为人拾得他人信用卡后,行为人虽然占有信用卡,但是行为人并非同时取得了信用卡中记载的财物的占有。信用卡中的财物仍然由银行和合法持卡人共同占有。由侵占罪行为类型的典型行为特征可知,拾到他人信用卡后,因为行为人并没有取得信用卡中记载的财物的占有,拾到信用卡的行为本身不可能构成侵占罪。而当行为人用拾到的信用卡

① 关于共同占有的问题可参见董玉庭:《盗窃罪研究》,中国检察出版社 2002 年版,第 121 页。
② 张明楷:《也论用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为性质》,载《清华法学》2008 年第 1 期。

在 ATM 机取款时,信用卡中的财物仍然由银行和持卡人共同占有,在别人占有下的主动取得他人财物的行为与侵占罪的行为类型绝非具有同一性。

对拾得他人信用卡在 ATM 机上的取款行为的定罪希望只能寄托在盗窃罪了。本文认为答案是肯定的。盗窃罪的行为类型包含三个基本点:① 行为人必须破坏他人对财物的占有;② 行为人建立起自己或第三人对财物的占有;③ 财物转移占有的过程相对于财物占有者是秘密的。对应盗窃罪行为类型的典型行为因太普遍无需过多描述。拾得他人信用卡后在 ATM 机上的取款行为与盗窃罪的行为类型本质上具有同一性。首先,银行和持卡人对信用卡中记载的财物的占有被行为人的取款行为破坏。其次,行为人建立起了自己对取出财物的占有。最后,行为人的取款行为相对于持卡人而言是秘密的。这三点与盗窃罪的行为类型本质上一致。与典型盗窃行为相比可能有一点微小的差别,那就是取款时财物是被银行和持卡人双重占有的,该取款行为对于银行而言缺乏秘密性,但是对银行而言行为秘密性的缺乏并不能否定对于持卡人而言行为具有秘密性。典型的盗窃行为可以对全世界都是公开的,只要对财物占有者秘密就可以符合行为类型,持卡人是财物的占有者,相对于持卡人的秘密当然可以符合盗窃罪的行为类型。因此共同占有情形下盗窃行为的特点并不能妨碍此种行为完全具备典型盗窃行为的基本特征,理应认为属于同一行为类型,所以本文对拾得他人信用卡在 ATM 机上的取款行为的定性结论为盗窃罪,并且是相对于持卡人的盗窃罪而非对银行的盗窃。①

四、许霆行为之定性

当行为人明知 ATM 机出现故障,取 1 000 元信用卡中才扣 1 元的情况下,以非法占有为目的的取款行为该如何评价呢?从涉嫌犯罪的角度分析,涉嫌的罪名应该包括:盗窃罪(许霆已按盗窃罪定罪)、诈骗罪和侵占罪。如果这三种罪名均无法评价此种行为,则许霆无罪。从盗窃罪的行为类型看,许霆行为没有秘密性。许霆虽然明知 ATM 机出现故障,但是其取款的行为对于财物的占有者银行而言显然是公开的,因为只要是使用信用卡取款,就是在取款程序的控制下进行,对于银行而言,取款程序控制下的取款行为不可能存在秘密性,否则我们每天使用信用卡岂不是偷偷摸摸了吗?当 ATM 机出现故障时,情况也是如此,故障的出现说明取款程序发生错误,但发生错误的程序也是程序,其公开性是不受故障影响的。如果不在程序控制下取款相对于银行可能就是秘密的,例如用锤子把 ATM 机砸开取款显然是盗窃行为。所以如果认为在 ATM 机正常时用信用卡取款是典型公开的行为,认为用锤子把 ATM 机砸开取款是典型秘密

---

① 张明楷教授虽然也认为拾得他人信用卡在 ATM 机上取款构成盗窃罪,但是认为是对银行的盗窃。参见张明楷:《也论用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为性质》,载《清华法学》2008 年第 1 期。

的行为，那么当 ATM 机出现故障时用信用卡取款与哪种典型行为更为相似呢？笔者认为，出现故障时用信用卡取款就公开性而言显然与正常时取款类型同一。所以许霆行为与盗窃行为类型不符合。至于诈骗罪同样难以成立。诈骗罪的行为类型前文已有分析，从许霆案看，许霆显然没有虚构事实的行为，其使用的信用卡和密码都是真实的，在其获得财物的占有之前，客观上的取款无任何虚构事实的行为。行为人取款后确实隐瞒了信用卡中扣的钱比取的款少的真相，但是此时的隐瞒与行为人取得款无因果关系，也就是在其隐瞒之前他已获得了财物的占有，这与诈骗罪的行为类型显然不符，所以诈骗罪不成立。

本文认为许霆行为构成侵占罪，许霆的行为与拾得他人遗忘物为同一行为类型。此问题分析有一个前提，那就是 ATM 机内的财物由银行占有毫无疑问，但是对于因故障自动弹出 ATM 机的财物银行是否失去占有而成为遗忘物或遗失物呢？[①] 本文认为 ATM 机安装的空间人员流动性太大，一旦财物从 ATM 机上自动弹出，从类型上看与财物掉到大街上无区别，属同一类型。所以当 ATM 机因故障而自动弹出财物时，某人拿走这些财物在行为类型上与拾得他人遗失物同一，拒不交出应构成侵占罪。许霆案中取 1 000 块钱卡中扣 1 块钱后拿走 1 000 元钱与取 1 块钱 ATM 机自动弹出 1 000 块钱后拿走 1 000 元钱行为类型是同一的，如果后者与典型的拾得他人遗忘物是同一行为类型的话，则许霆行为就应构成侵占罪。行为人取 1 块钱但是 ATM 机却弹出 1 000 块钱，那么多出的 999 元属于 ATM 机自动弹出，弹出后的 999 元钱银行已失去占有，拿走这 999 元钱对于行为人而言，完全等同于拾到他人的遗失物的行为类型，拒不交出当然应构成侵占罪。所以如果按逻辑逆向推导结论就是：拾得遗失物与取 1 块钱 ATM 机自动弹出 1 000 元钱后拿走是同一行为类型，取 1 块钱 ATM 机自动弹出 1 000 元钱后拿走与取 1 000 元钱卡中只扣一元钱后拿走 1 000 元钱是同一行为类型，则拾得遗失物与取 1 000 元钱卡中只扣一元钱后拿走 1 000 元钱是同一行为类型，所以许霆的行为符合拾得遗失物的行为类型应构成侵占罪。

下篇：再论许霆案的定性

一、有必要继续研究的问题

许霆在出现故障的 ATM 机上的取款行为在类型上可以划分为两种：其一，第一次

① 本文在同一意义上使用遗忘物和遗失物，遗忘物和遗失物在民法上两者可能有差别，但是在刑法上两者应无差别。

取款行为。其二,第二次以后的取款行为。为什么要作如此之区分,原因就在于行为人主观方面存在差异。在第一次取款行为发生时,许霆并不知道 ATM 机出现了故障,第一次取款行为无论在客观面上考察还是在主观面上考察均无非法性可言,取款行为结束后,当许霆发现 ATM 机弹出的钱超出信用卡扣掉的数额时,对于多出的钱,许霆产生了非法占有之目的,并进而实施了非法占有的行为。从第二次取款行为开始以后每一次取款行为(包括第二次)之前,许霆已明知 ATM 机出现了故障,明知自己的取款行为可能会导致 ATM 机多弹出钱,对于可能多弹出的钱,许霆事先具有非法占有的目的,在此目的的支配下,许霆进而非法占有每一次 ATM 机多弹出的钱。第二次及以后的每一次取款行为是一种行为类型,第一次取款行为是一种行为类型,两种类型之间差别在于非法占有目的产生的时间点不一样。第一次取款行为发生时,许霆并没有非法占有他人财物的目的,非法占有他人财物的目的产生在取款行为发生之后,即 ATM 机多弹出钱时许霆产生了非法占有的目的,并占有该多弹出的钱。而第二次以后的每一次取款行为之前,许霆希望每一次取款都能多弹出钱并进而占有这些钱,非法占有他人财物的目的在取款行为之前就已然存在。非法占有他人财物目的产生在取款行为之前抑或是产生在取款行为完成之后,是否真的决定了两种取款行为在行为类型上分属于不同的种类呢?

上篇中对许霆行为的分析的确没有区分第一次取款与第二次及以后取款之间的差别,因为本人的观点是:第一次取款行为与第二次及以后取款行为之间在行为类型上并无实质性差别,两者属法律上的同一行为类型,非法占有目的产生在行为之前还是行为结束,对行为类型并无实质性影响。此种观点在上篇中并未充分说明,本人只是将这种观点作为一个基本前提直接进行下一步的论证,在论证的过程中,对许霆非法占有他人财物的目的产生时间并未关注,其实质导致该论证过程是以第一次取款行为作为基本的分析参照,尽管在论证过程中并未提及第一次取款行为的问题。现在看来有必要对第二次及以后取款行为进行有针对的分析,特别是与第一次取款行为的比较分析。

如果经过比较,能够得出第一次取款与第二次及以后取款之间在行为类型上同一的结论,那么上篇对许霆案的侵占罪定性就是正确的。因此把许霆的取款行为分成第一次取款和第二次及以后取款两种行为类型,并非笔者认为这两种行为类型在本质上是不同一的,恰恰相反,本文的结论是这两种行为类型其实是同一的,之所以分成两种行为类型进行分析,纯属是一种理论假设,假设第一次与第二次及以后取款是两种行为类型。本文的下一步论证就是要对这种假设证伪,第一次取款与第二次及以后取款之间的行为类型上的比较不但是本文继续以前对许霆案定性的再研究,而且也将成为本文的基本研究进路。

二、非法占有目的不决定行为类型

对于许霆在出故障的 ATM 机上第一次取款行为，没有人认为是盗窃行为，但是对于第一次取款时 ATM 机上多弹出的钱，银行是否还能够实际占有，存在不同的观点，大多数人认为当钱从 ATM 机中弹出后，银行就失去了这部分钱的占有，这部分钱就变成了银行的遗失物，但也有少部分学者认为钱从 ATM 机弹出后，银行仍实际占有这部分钱，这部分钱并非遗失物。许霆第一次取款时 ATM 机多弹出的钱到底是否遗失物是个很关键的问题，直接影响到本案的定性。笔者现在仍然认为，当 ATM 机多弹出钱时，多弹出的钱不可能再由银行实际占有，对于银行而言，这部分钱就成了遗失物，尽管这部分钱的所有权仍归银行拥有，这部分钱与财物掉到大街上成为遗失物属同一类型，对于这个结论本文不过多讨论，并且本文继续这个话题的研究以这一结论为起点。许霆第一次取款时多弹出的钱既然是一种遗失物，那么许霆非法占有捡得的遗失物拒不交出，理应构成侵占罪。当许霆第二次取款时①，许霆已产生了非法占有可能多弹出钱的目的，在这种目的的支配下，实施了 ATM 机上取款行为，第二次取款与第一次取款相比，唯一的差别是第二次取款时行为人具有非法占有目的，如果说第二次取款构成盗窃罪，那么，第二次取款行为就必须该当盗窃罪的实行行为即秘密窃取行为。第一次取款显然与盗窃罪的实行行为不该当，第二次取款行为与第一次取款行为的唯一差别是具有非法占有目的，那么认为第二次取款行为该当盗窃罪实行行为的原因是非法占有目的的存在。现在需要研究的问题是非法占有目的真的可以决定盗窃罪的实行行为吗？本文的结论是否定的，非法占有目的与盗窃罪的实行行为没有直接的必然的联系。在盗窃罪的认定过程中，一般的认定顺序是：先判断盗窃罪的实行行为是否存在，如果存在盗窃罪的实行行为那么进而判断是否存在非法占有目的。当盗窃罪的实行行为不存在时，根本无需进行非法占有目的的判断。当盗窃罪的实行行为存在时，行为人如具有非法占有目的，则盗窃罪成立，行为人如不具有非法占有目的，则盗窃罪不成立。也就是说盗窃罪的实行行为与非法占有目的虽然同为盗窃罪的成立条件，但是两者之间是两种独立的成立条件，有没有非法占有目的，盗窃罪的实行行为都可能存在，也都可能不存在，用非法占有目的存在与否的判断代替盗窃罪实行行为的判断是错误的。原因就在于非法占有目的并非实行行为的构成要素。

> 罪过以外的目的、动机、倾向等因素是主观超过因素，这些因素并没有客观要素与之相对应，是一种纯粹的心理要素。在这一点上，主观超过因素与故意过失

① 对第二次以后的取款行为不再单独分析，因为第二次以后的每一次与第二次均为同一行为类型，对第二次取款行为的分析，就是对所有的同一类型的行为的分析。

> 有着重大的不同。作为实行行为要素的故意过失与作为实行行为体素的客观要素是一种对应关系,故意、过失必须以体素作为其认识或应该认识的对象,实行行为的体素与心素应该是一种主客观的相统一。而主观超过因素尽管是某些犯罪必不可少的条件,但它是一种独立于实行行为心素之外的独立要素,实行行为中不会有任何的体素与主观超过因素相对应。这种独立于实行行为之外的主观要素虽然是犯罪的成立条件,但对于实行行为的类型化不会有影响,只会影响对实行行为违法性的判断。①

因此把许霆第二次取款时具有非法占有目的作为许霆第二次取款构成盗窃罪依据是没有道理的,因为许霆第二次取款是否构成盗窃罪的前提是第二次取款行为本身是否该当盗窃罪的实行行为,而第二次取款是否该当盗窃罪的实行行为的判断必须独立于许霆的非法占有目的,许霆虽然具有非法占有目的,但如果第二次取款行为根本就不是盗窃罪的实行行为,那么非法占有目的的有无就与盗窃罪的成立毫无关系。离开了非法占有目的,许霆的第二次取款行为到底是一种什么样的行为类型呢?从客观层面考察,第二次取款与第一次取款无任何差别,从主观层面考察,第二次取款与第一次取款相比,第二次取款时行为人认识到取款行为会导致 ATM 机多弹出钱,行为人在明知自己的取款行为会导致 ATM 机多弹出钱时,仍然继续取款,是否该当盗窃罪的实行行为呢?笔者认为,ATM 机的设置就是让持卡人从中取款的,即使 ATM 机出了故障,但只要银行没有明确告知该 ATM 机禁止使用,那么持卡人在 ATM 机上的取款行为就是合法的,无论持卡人是否知道 ATM 机会多弹出钱,也就是说即使持卡人知道自己取款行为会导致 ATM 机多弹出钱,进而银行有可能有损失,那么持卡人同样有权利在 ATM 机中取出自己的钱,只要行为人不拿走这些多弹出的钱即可。持卡人对于自己取款导致的多弹出的钱是没有权利非法占有的,这些多弹出的钱的属性仍是银行的遗失物。也就是说,当行为人明知 ATM 机有故障时,仍有权利在 ATM 机上取款,其行为的违法性并不产生在取款行为,而产生在取款后对多弹出的钱的非法占有行为上。因此,如果许霆在第二次取款行为后,并未拿走 ATM 机多弹出的钱,则许霆的取款行为当然是合法的行为,不能仅因为取款导致银行 ATM 机中的钱多弹出而成为遗失物就认为取款行为具有非法性,之所以银行 ATM 机中的钱变成了遗失物,其根本原因不在于行为人恶意取款,不知道 ATM 机障碍的善意取款行为同样会造成银行 ATM 机的钱成为遗失物,遗失物形成的根本原因是 ATM 机出现故障,而这种故障的责任在银行。恐怕任何银行都不能主张要求每一个持卡人取款时必须确认 ATM 机没有故障,持卡人没有保证 ATM 机正常工作的义务。因此盗窃罪的实行行为必须是能够导致受害人财产损失的行为,但是导致被害人财产损失的行为并不一定都是盗窃罪的实行行为,

---

① 董玉庭:《论实行行为》,载《环球法律评论》2004 年第夏季号。

“明知自己的取款行为会导致银行的财产损失,而仍进行取款”。如果对盗窃罪实行行为作这种完全形式意义上的解释,第二次取款行为似乎能够该当盗窃罪的实行行为,但是从实质意义上讲,持卡人用合法的信用卡在 ATM 机上的取款行为在现代社会中已经是一种再正常不过的事情了,即便是持卡人知道取款会导致银行有损失[①],社会仍然应该认为这是一种具有社会相当性的行为,银行的损失应该完全归责于银行自己,不能因为此种损失的存在就认为持卡人在 ATM 机取款是该当盗窃罪实行行为的异常行为。许霆案讨论过程中,报纸曾报道过英国一家银行 ATM 机出现故障时,老百姓在此故障机前排队取款的照片,对此案该家银行发表声明损失银行自己负责。这充分说明现代社会在普通人的思维观念中,用信用卡在 ATM 机上的取款行为是一种完全正常的行为,绝不能是某种犯罪的实行行为。

威尔策尔在 1939 年提出了社会相当性理论,根据该理论,一个在历史岁月中形成的社会生活的一般原则范围内从事的行为,是社会相当的行为,此种行为从一开始就不可能也不应该包括在构成要件内。[②] 正是因为用信用卡在 ATM 机上取款的行为具有社会相当性,所以在社会一般人的观念中不会认为此种行为具有一般盗窃罪对法益造成侵害的客观危险性。试想一下,当你看到一个人在 ATM 机前用信用卡取款时,你会想到他可能在偷钱而报告警察吗?再试想一下当你看到一个人用锤子砸开 ATM 机取款时,你能不想到他是在偷钱而报告警察吗?这两者之间作一类型上的比较就可以清楚地发现社会相当性对实行行为该当的意义。“由于构成要件是以社会一般观念或社会心理为基础的可罚行为的类型,向国民明确表示什么样的行为是犯罪,什么样的行为不是犯罪,因此构成要件阶段的危险性,应当看作是:对于该行为自身,具有通常判断能力的社会一般人所感受到的客观危险性”,“危险的有无,最终还是应当根据一般人对客观危险的恐惧感来判定”。[③] 当一种行为具有社会相当性,人们不会认为这种行为具有造成法益侵害的客观危险性,而行为自身具有的这种对法益侵害的客观危险性,恰恰是实行行为该当的实质要求。“但就结果犯而言,具有各种犯罪类型所规定的导致结果发生的危险性的行为,才是实行行为”。[④] 在 ATM 机上取款的行为正是因为具有社会相当性,也就不具有盗窃罪实行行为所必须具有的法益侵害的客观危险性,所以不该当盗窃罪的实行行为,不仅不该当盗窃罪实行行为,而且不该当任何犯罪的实行行为。在 ATM 机上取款行为不该当盗窃罪的实行行为,可以在未完成状态中看

---

① ATM 机经常出故障,银行也因为这种故障经常蒙受损失,但是这种业务太过方便,而且银行发展这种业务不但可以方便客户,也会从中获得更多的利益,因此,银行明知 ATM 机会出故障,仍大力发展此项业务,而且应注意有时 ATM 机出故障受损失的也可能是持卡人。

② 参见李海东:《刑法原理入门》,法律出版社 1998 年版,第 39 页。

③ 〔日〕大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 105 页。

④ 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 2007 年版,第 92 页。

得更为清楚,如果许霆第二次取款时,发现 ATM 已修好,他的非法占有目的没有实现,假如第二次取款该当盗窃罪的实行行为,那么许霆以非法占有为目的的取款行为恐怕要认定盗窃罪未遂了,这种结论恐怕是难以想象的,满大街的人都可能希望自己在 ATM 机上取款时,ATM 机能多弹出些钱来,这种占便宜的心理当然不能把取款行为变成盗窃行为。

用合法的信用卡在出故障的 ATM 机上取款是否都不能该当盗窃罪的实行行为呢? 回答是否定的。本文设想有一种情况的取款行为可以该当盗窃罪实行行为:当 ATM 机出现用户可以随意超出信用卡限额取款的故障时,假如该信用卡又是不可以透支的信用卡,那么行为人故意超出信用卡限额的取款行为,对于超出限额部分就该当盗窃罪实行行为。例如,信用卡中只有 1 元钱余额,行为人故意在出现故障的 ATM 机上取款 1 000 元钱,对于多出余额的 999 元钱,行为人的取款行为就是盗窃行为,原因就在于超过限额的取款行为并无任何正当性根据,在社会观念中不具有社会相当性,且具有造成银行法益侵害的客观危险性。许霆案与超出余额的取款行为之区别是什么呢? 或者说是什么决定这两种行为类型呢? 笔者认为,区别在于许霆的每一次取款行为发生时,许霆所取的款的数额都在信用卡余额范围内,这就决定了每一次取款行为具有社会相当的依据,也可以说允许取款。但是超出余额的取款虽然是不能被社会允许的,不具有社会相当性的,对于超出信用卡余额的那部分钱是银行的,行为人故意去提取属于银行的钱,当然属于盗窃行为。许霆的取款行为显然也造成了银行损失,但是许霆每一次都是在取属于自己的钱,许霆对于银行多付的钱的非法占有目的,仍不能否定他每一次取款是在取自己的钱的行为本质。至于经过多次取款之后,许霆实际占有的钱已远远超过其信用卡中的数额,这并不能改变许霆每一次取款的行为类型。如果许霆的每一次取款行为中存在超余额取款的情形,当然属于盗窃。例如假设许霆发现 ATM 机出现故障后,一次提取现金 17 万元的话,那么对于多出的数额当然属于盗窃,但是许霆案并非超余额取款行为,因为信用卡是可以透支的,允许透支的每次取款相当于在信用卡余额内取款的行为类型。可以用一个不太恰当的例子来比较超余额取款的盗窃行为和未超余额的取款行为之间的差别:信用卡相当于一把能打开银行一个房门的钥匙,银行在这个房间里存放财物。行为人在 ATM 机上使用信用卡时,相当于用钥匙打开了银行的房门,打开房门后,行为人可以取走属于自己的财物,但是行为人不可以取走不属于自己的财物,如果行为利用这把钥匙打开房门后,取走了不属于自己的财物,其行为类型显然是盗窃行为。如果行为人打开房门取自己的财物时,房内的财物可能因摆放不合理等银行过错的因素导致有一些财物自动跑到了房间的外边,跑到外边的财物自然也就成了银行的遗失物了,但是自动跑到外边的银行遗失物并非行为人打开房门取出放在房间外的,因此行为人对于打开房门取属于自己财物时自动跑到房间外的财物并无盗窃行为。对于这样的遗失物,任何人都可以拾得,

行为人当然也可以拾得。在行为人用信用卡这把钥匙打开的房间中,属于行为人自己的财物当然是信用卡余额范围内钱的数额,超出余额的范围当然属于银行的财物,所以行为人在 ATM 机上提取自己卡中余额之外的钱时,相当于在房间中取走不属于自己的财物,但行为人提取自己卡中余额范围内的钱时,只相当于打开房门取走自己的财物,前者该当盗窃实行行为,后者与盗窃罪实行行为不该当。①

三、结论:许霆行为应认定侵占罪

从上文的分析可以看出,许霆第二次取款与第一次取款行为并无本质上不同,虽然第二次取款时许霆具有非法占有目的,但是此非法目的的存在并不意味着取款行为该当盗窃罪的实行行为,相反,由于在 ATM 机上取款行为已具有社会相当性,该取款行为不具有盗窃罪(任何犯罪)法益侵害的客观危险性,所以在 ATM 机上的取款行为不该当盗窃罪(任何犯罪)实行行为,在这一点上,第一次取款与第二次取款并无本质不同,属于类型同一,非法占有目的存在与否对两次取款的行为类型没有影响。当取款行为完成后,因为取款造成银行的财产成了遗失物,行为人非法占有遗失物,拒不返还的行为应认定侵占罪。②

本文的分析是以否定盗窃罪成立为主要线索,这不仅是因为盗窃罪观点目前占主导,而且也因为许霆行为的其他涉嫌罪名在《ATM 机上非正常取款行为的刑法学分析》一文中已作过较为充分的否定。同时本文赞同对许霆行为侵占罪的定性,也未作过多正面论证,这是因为在否定盗窃罪成立的分析过程中,已把第二次取款与第一次取款进行了类型同一化,在此基础上,侵占罪成立的论证就不必重复。既然本文认为许霆案定性之争论主要是在盗窃罪与侵占罪之间展开,那么,本文以一假想的例子作

---

① 从本人所看到的对许霆案定性的各种分析中,很少有从行为类型角度对信用卡余额内取款和超信用卡余额取款作类型上的区分,甚至法院的判决理由也未对这两种不同的行为类型作出说明,笔者认为对信用卡余额内取款和超信用卡余额取款作行为类型上的区分是最重要的分析进路,如果不从此进路分析,对用信用卡在出故障的 ATM 机上取款行为的入罪或出罪均得不到很好的理论说明。据网络上的消息,许霆信用卡中的余额只有 170 余元,那么许霆每次取款是否为超余额取款呢?本文认为未必,因为信用卡是可以透支的,或大部分信用卡都是可以透支的,如果许霆的信用卡可以透支,那么许霆的每一次取款就不存在超余额取款的问题。至于事实上许霆信用卡是否可以透支无任何说明,甚至这个问题根本就不被目前讨论许霆案的专家学者所关注。本文之所以重视这个问题当然是由于区分不同行为类型的方法论所致。因此,在无法确认许霆的信用卡是否可以透支的情况下,本文推定该信用卡可以透支,在此事实推定的基础上,许霆的每一次取款都属于余额内取款的行为类型。即使本文关于事实的问题推定错误,那也同样不影响本文对这两种行为类型定性之分析,因为本文认为通过许霆案要解决的是利用信用卡在出故障的 ATM 机上恶意取款的法律评价问题,能够实现何种取款行为应定盗窃罪、何种取款行为应定侵占罪背后的理由论证,才是至关重要的。本文的目的正是通过两种行为类型的比较实现这种定性理由的论证。

② 既然第二次取款与第一次取款性质同一,都造成了银行财产成为遗失物,那么针对第一次取款行为所作的分析当然也适用第二次取款,关于许霆第一次取款应认定侵占罪上篇已作详细分析。

为结束语:某一天,许霆上银行取钱(不是在 ATM 机上自动取款),发现银行柜员喝醉酒了,许霆取 1 元钱,但是柜员却给许霆 1 000 元钱。于是许霆开始反复 N 次在这个柜员处取钱,最后许霆非法占有了银行财产 X 元后逃跑。这个假想的案例从类型上分析,与真正的许霆案没有实质上的区别,如果真正许霆案应定盗窃罪,那么这个假想的许霆案也要认定盗窃罪,这合适吗?

许霆案断想

郭理蓉*

众人瞩目的许霆案经过一年沸沸扬扬的讨论,如今已尘埃落定,围绕着本案被告人的罪与非罪、此罪与彼罪、量刑等问题,不仅法学界而且社会公众都进行了广泛热烈的讨论,其中,银行ATM机的出错颇受关注,成为本案的争议热点之一。本文拟就这一问题略抒浅见。

一、银行ATM机出错能否使许霆脱罪?

有报道说,在许霆案审理过程中,辩护律师曾在法庭上高声责问:“柜员机,你知罪吗?!”①在本案中,银行ATM机系统出错被作为许霆无罪的一个重要辩护理由被提出,并且也是很多人“挺许”的重要理由。那么,银行ATM机出错在许霆案中充当了什么样的角色?它能否阻却许霆的刑事责任?

被害人过错是刑事案件审理中经常被考虑的情节之一,根据案件的具体情况,被害人过错的存在可以阻却或者减轻被告人的刑事责任。

根据被害人过错及其在刑事案件发生中的影响和作用,我们可以把刑事被害人的过错分为两大类:积极的被害人过错和消极的被害人过错。所谓积极的被害人过错,是指被害人积极实施了违反道德或者违反法律规定的行为或事实,刺激或引发了他人对自己的侵害,从而导致被害。在犯罪学上,这种加害—被害关系被称为“被害人推动(催化)模式”。消极的被害人过错,是指被害人无意中或者因疏忽而发生的行为或事实,客观上给他人提供了侵害条件或可能,从而导致被害。这在犯罪学上被称为“可利用的被害人模式”。

在积极的被害人过错的情况下,被害人自身的过错直接导致了自己最终被侵害这一结果的发生,被害人对于侵害的发生负有主要责任,或者可以说,被害人过错就是侵害发生的原因。作为事端的制造者或者挑起者,这种被害人过错具有可谴责性,这种

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。

① 《许霆庭审表现高调 律师当庭喝问“柜员机知罪吗”》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-02/23/content_7651568.htm,2008年2月23日。

可谴责性不仅仅是道德上的,还体现在法律责任的承担上。因此,这种被害人过错会影响到犯罪的成立与否。如正当防卫,某人积极挑起事端,招致他人防卫,结果导致自己最终成为被害人。在此情况下,积极的被害人过错成为行为人(防卫人)的责任阻却事由。如果防卫明显超过必要限度造成重大损害,被害人的过错可以减轻行为人的刑事责任。可见,积极的被害人过错不仅影响定罪,还会影响量刑。

在消极的被害人过错的情况下,无论是被害人的无意识行为还是疏于防范,都不是导致侵害发生的原因,而只是一个条件或者情境。侵害之所以发生,是因为这一条件被有犯意的行为人发现并利用。与积极的被害人过错相比,消极的被害人过错实际上在生活中更为多见,如外出忘记关门闭窗,深夜独自行走于偏僻之地,外出不慎露财,衣着偏少,等等。被害人的这种疏忽或者不谨慎,即使是可谴责的,也是道德上的(在民事法律上有可能影响到责任的承担),或者更多的是在犯罪预防上具有警戒意义。这种消极的被害人过错对于行为人的犯罪故意、行为的性质并无影响,并不能因为被害人缺乏警惕、不够谨慎或防范不足而否定侵害者成立犯罪。因此,消极的被害人过错不能阻却行为人的刑事责任,至多可能在量刑时被作为一个酌定情节予以考虑。

就许霆案来说,ATM 机出错对于银行来说,是意外发生的系统故障或管理上的失误,在本案的加害—被害关系中,ATM 机故障是一个被动的、被利用的角色,因而应当属于消极的被害人过错。许霆第一次取款所多得的 999 元,在法律评价上属于不当得利,应依法返还,不涉及刑事责任的承担;刑法上要评价的是其此后的 170 次取款行为。银行 ATM 机系统虽然出错,但这并未使许霆产生错误认识——银行在免费馈赠人民币——因为这错误是如此的明显,以至于凡具有正常辨认能力的人都不可能不认识到。从案情来看,许霆显然是清醒地认识到了银行的过错和失误,并且充分地利用了这一机会,连续多次地取款,其非法占有的故意显而易见。因此,银行 ATM 机系统出错这一被害人过错,并不能成为许霆无罪的理由。

二、"诱惑"抗辩能否成立?

有论者提到,此案如在英美法系,对于被告人而言,若存在犯意诱惑,则属于法定的抗辩事由。本案中,许霆本无犯意,但银行系统故障或管理不善无疑是充当了犯意诱惑的角色。①

犯意诱惑作为抗辩事由,不外乎包括两种情形:一是被害人的过错;二是诱惑侦查。就被害人过错而言,如前所述,不是所有的被害人过错都会影响到行为人的刑事

① 参见袁登明:《也评许霆案》,载 http://www.fafawang.com/blog/a/yuandengming/archives/2008/15933.htm,2008 年 3 月 1 日。

责任，犯意诱惑要作为合法辩护理由，引诱者不仅仅是提供了犯罪机会，还必须以采取积极的行为去诱使行为人实施犯罪。有观点认为，ATM 机故障在先，许霆的犯意在后，因此，许霆犯意的产生应归咎于 ATM 机故障。笔者认为，虽然从时间顺序上是因在前果在后，但并不能反过来说，在先存在或发生的就一定是后面结果的原因。在实践中常有临时起意类案件，行为人往往是事先并无明确犯意，只是一时见财、见色而起意，难道先在的财、色就应当为行为人产生不轨犯意承担责任吗？答案显然是否定的。在许霆案中，银行 ATM 机的故障并非有意设计以勾起他人犯意，而是一个意外（无意识事由）或者失误，对于行为人来说，这是客观上存在的一个可利用的条件或机会，这种消极的被害人过错是不能成为行为人的脱责理由的。

在英美刑法中，诱惑侦查（警察圈套）属于合法辩护理由之一。诱惑侦查通常分为两种：机会型诱惑侦查与犯意型诱惑侦查。机会型诱惑侦查是指被诱惑人已经产生并具有了具体明确的犯罪意图，或者正准备进行犯罪、继续实施连续性犯罪行为时，在司法人员或其代理人的诱惑下继续进行犯罪行为或者实施其尚未完成的犯罪行为。犯意型诱惑是指被诱惑对象本无犯罪意图，在司法人员或其代理人主动、积极地实施的诱惑侦查行为的刺激下产生犯意，并进而实施了犯罪行为。在诱惑侦查中，无论是机会型诱惑还是犯意型诱惑，都是司法人员或其代理人为了获得对行为人提起刑事诉讼的证据而有意为之，行为人实施相应的犯罪——这一反应正是期待中的。也就是说，司法人员或其代理人故意设置诱惑，吸引行为人上钩，这是侦查机关用于拘捕被诱惑对象的策略。而许霆案显然并非如此，因此，在本案中，无论以上述哪一种诱惑作为抗辩理由，都是无法成立的。

三、期待可能性理论能否适用？

也有论者提出，在许霆案中可以适用期待可能性理论。面对被害人一方因技术原因出现的过错，由于人性的弱点，不少的人面对此情况，可能都难抵诱惑，期待他不这样做的可能性降低。因此，法律应当为许霆“贪便宜”的做法流下“温情的眼泪”。①

期待可能性是大陆法系国家的一种刑法理论，是指根据行为当时的现实情形，能够期待行为人不实施犯罪行为而实施适法行为的可能性。在行为人实施行为时，如果能期待其选择适法行为，行为人违反此期待而实施了违法行为，则其就应对自己的行为承担刑事责任；如果在实施行为的具体情况下，不可能期待行为人作出适法行为，则不能追究其刑事责任。在我国的法制语境下能否适用这一理论进行裁判，暂且不论。从期待可能性理论本身出发，考察期待可能性理论的产生及其所适用的典型案例，如

---

① 参见高一飞：《许霆案：法律应为人性弱点流下“温情眼泪”》，载 http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=37027，2008 年 1 月 2 日。

德国的“癖马案”、日本的“第五柏岛丸案”等,我们会发现,对于行为人的期待不可能性并非随意认定的,期待可能性关注的重点是行为人有没有选择的可能性,通常是在行为人陷入无可选择或者极难选择的困境下,如为生活所迫、法益面临损害的危急时刻等,才有适用的余地。

让我们再回到许霆案,在银行 ATM 机系统出错的情况下,能否期待许霆为适法行为?显然,在本案中,许霆并非生活所迫,亦非面临危急困境,那么,有什么理由不能期待其为适法行为呢?法律是道德的底线。“己所不欲勿施于人”,“非己之财不妄取”,这应该是个人起码的行为准则,对于一个现代法治社会的公民来讲,这一期待是毫不过分的。如果按照上述论者的说法,法律应当为许霆贪便宜的人性弱点流下“温情的眼泪”,那么,同样的逻辑,法律也理应为贪污受贿的犯罪人流下“温情的眼泪”,因为贪财是人性的弱点,很多人面对花花绿绿的钞票,可能都难抵诱惑;法律还应该为强奸犯流下“温情的眼泪”,因为“食色性也”,面对性感的女人,很多人可能都难抵诱惑……如此下去,法律未免也太过温情了,眼泪流得也太多、太滥了!没错,法律是应当符合人性的,但是,法律并不是为了保护、纵容人性的弱点而制定的;相反,作为一种外在的他律手段,法律主要是为了克制人性当中那些损人利己、甚至是害人害己的弱点的。在刑法固有的“冷面”中,期待可能性理论的确蕴涵着对人的关怀和温情,体现了对在艰难困境中挣扎喘息的人的无奈的一种理解和体恤,但是,如果用以体恤“贪便宜的人性弱点”,则显然是对期待可能性理论的滥用。

许霆的行为不构成犯罪

王仲兴*

一、引论——议题与意义

2007年12月17日《新快报》有关许霆案件的报道,一石激起千层浪,引起巨大波澜,为国人所普遍关注。围绕许霆案件的讨论内容,大体上分为三个阶段:第一阶段即春节前的重点:是否盗窃金融机构、判处无期徒刑是否适当;第二阶段即重审判决前的焦点:是不当得利还是犯罪、从事实出发还是从需要的结果出发;第三阶段即重审判决后的看点:是否只是刑法司法问题、是否只是实体问题、是否只是刑事法律问题。我们注意到,许霆案件热议话题的嬗变:从刑重刑轻之议,到有罪无罪之争;从刑法司法之焦距,到刑法立法、刑法守法之景深;从刑法实践的深究,到刑法理念的延伸;从刑法实体的拘泥,到刑事程序的展开;从刑事法律的局限,到民商法、金融法等的拓展,等等。这场讨论突破一人一案之束缚,冲出一家一言之重围,昭示着其重大而深远的意义。

二、前论——ATM与银行

之所以设置“前论”,首先研究ATM机与银行的关系即ATM机的法律地位问题,是因为这个话题绕不过去。ATM机的法律地位说不清楚,其他问题也无法说清楚的,因而必须将之前置。

应当从两个角度来研究ATM机的法律地位:一是量刑视野下的ATM机的法律地位问题;二是定罪视野下的ATM机法律地位问题。这两个问题,许多论著都有精到之言,却有剪不断理还乱之感。究其原因,恐怕是将两个不同层面问题混淆之所致。

(一)量刑视角下的“盗窃金融机构”

1. 从词义看,ATM机不是金融机构

侯国云教授说:“至于说ATM机是不是金融机构,我想:正确的回答只能是否定的。因为,能称为‘机构’者,是包括组织、人员在内的。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。请问:没有组织,没有人员,能叫

---

* 中山大学法学院教授,中山大学刑事法学研究中心主任。

机构吗?”[①]笔者大体上同意这种说法,当然有些细节可以进一步推敲。的确,机构是一种组织,ATM 机是机器,当然不是机构;ATM 机至多是机构中的一个很小的组成部分。从词义的角度看,《刑法》第 264 条规定的“盗窃金融机构”,确实存在语病。诸多歧义,争执不下,都是过分追求简略的规定惹的祸。

2. 从法律含义的实然性看,“盗窃金融机构”包括盗窃 ATM 机的钱

最高人民法院在《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“刑法第二百六十四条规定的‘盗窃金融机构’,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”笔者认为,这个具有修正补正性质的规定,其内容是明白无误的。撇开许霆案件,只就法条的含义理解,“盗窃金融机构”应当包括盗窃 ATM 机的钱;ATM 机的钱,就是金融机构的钱,这是基于事实基础上的实然性认知。不管持何种看法,不论出于何种目的,均不能否认这个不容置疑的事实。至于对该规定优劣的评说,则属于应然性的价值判断。例如,赵秉志教授从立法原意、立法精神、ATM 机的法律性质、有利被告原则以及社会相当性理论五个视角出发,认为 ATM 机不属于《刑法》第 264 条规定的金融机构。[②] 笔者认为,这是从应然角度对上述司法解释作出的否定性评价,提出的自己的见解,但却改变了法律条文与司法解释的本意。

(二)定罪视角下的 ATM 机

1. ATM 机是银行业务的具体操作者

一般认为,ATM 是 Automatic Teller Machine 的缩写,意思是自动柜员机,又称自动取款机。它是一种高度精密的机电一体化装置,利用磁性代码卡或智能卡实现金融交易的自助服务,代替银行柜面人员的工作。自动柜员机一词,形象地表明了 ATM 机与银行的关系,即 ATM 机是银行业务的具体操作者,是银行不可分割的一个有机组成部分。赵秉志教授认为,“许霆实施恶意取款时银行当时并不知晓情况”,然而,同时又认为:“从 ATM 机的法律性质来看,其在法律地位上相当于一个电子营业员,它和一个作为自然人的银行营业员在经营业务上并没有本质的区别。”[③]在 ATM 机与银行关系上,他们的说法自相矛盾,自我否定。

2. ATM 机是具有智能的机器

中国人民银行 2005 年 10 月 26 日发布的《电子支付指引(第一号)》第 6 条第 3 项

---

① 《法制日报》,2008 年 2 月 3 日 08 版。但笔者不同意侯国云教授的不认同 ATM 机“是金融机构的延伸”的结论。

② 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。

③ 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。重一审判决书、陈兴良教授、张明楷教授等均有这样自相矛盾的说法。甚至许霆也作过“银行应该不知道”、“机器知道,人不知道”的当庭供述,被判决书和有罪派一再引用,作为“自以为”知晓的证据,却不引用许霆相反的说法。

中规定:"'电子终端',是指客户可用以发起电子支付指令的计算机、电话、销售点终端、自动柜员机、移动通讯工具或其他电子设备。"ATM 机即上述规定中所称的自动柜员机。ATM 机属于"电子终端"的一种。终端(Terminal),通常是指那些与集中式主机系统(例如 IBM 大型计算机)相连的"哑"用户设备。终端从用户接收键盘输入,并且将这些输入发送给主机系统。主机系统处理这个用户的键盘输入和命令,然后输出返回并显示在这个终端的屏幕上。这样看来,银行卡持有人每次在 ATM 机上所作的交易指令,ATM 机都无法独立操作,而必须将该指令传送回主机系统,由主机系统作出相应的反应,再传回 ATM 机,ATM 机根据主机系统的指示,作出相应的操作,从而结束此次交易流程。从这种意义上说,ATM 机确是工具,也确是机器,但不是一般的工具,它是智能的。ATM 机直接受控于主机系统,最终都受控于银行。如果说,银行管理系统及由他们设计的主机系统被视作银行的大脑的话,那么自然人柜员和电子柜员机则好比银行的四肢。四肢的举动是受大脑控制下的行为,自然人柜员和电子柜员机的行为也就是银行的行为。对于顾客来说,无论自然人柜员还是电子柜员,他们的行为同样承载着银行的权利和义务。

3. ATM 机与自然人柜员不能完全等同

赵秉志教授认为,ATM 机"在法律地位上相当于一个电子营业员,它和一个作为自然人的银行营业员在经营业务上并没有本质的区别",还进一步类证:"既然利用银行柜台营业员的疏漏反复多次恶意取款不能认为是'盗窃金融机构',那么利用 ATM 机故障而恶意取款也不应认为属于'盗窃金融机构'"。① 笔者认为,以上看法正确地看到了 ATM 机与自然人柜员的共性。然而这只是问题的一个方面,不应当忽略二者之间的区别。

自然人,是有生命的人类的独立个体。自然人不同于 ATM 机之处在于,他们有思想,有独立意志,可以自由地或者创造性地支配自己的行为。因而,自然人柜员违反规定,出现差错,造成顾客损失的后果而发生法律纠纷的,则形成两个法律关系:一是银行与顾客的外部法律关系,因为柜员是代表银行开展业务活动的;二是银行与有过错自然人柜员之间的内部法律关系。一般而言,银行应当补偿或者赔偿顾客的损失,进而再对自然人柜员问责。

ATM 机与自然人柜员则有所不同:ATM 机本身不应当也不可能存在与银行之间的法律关系。因为 ATM 机在本质上是非人类性质的工具、机器。ATM 机完全是由银行设计、安装、管理的。在目前以及可展望的未来,ATM 机受制于人,没有思想,不可能在自己意志下随意支配自己的活动。因此,ATM 机仍然是工具、是机器。对于银行而

---

① 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。所谓"既然利用银行柜台营业员的疏漏反复多次恶意取款不能认为是'盗窃金融机构'",应当是指这类情形:营业员由于自己的失误,多给了顾客货物或者多找了钱,而顾客照收无误,顾客的行为不能认定为盗窃罪。如是,笔者非常赞同。

言,ATM机只能是绝对服从的。无论ATM机正常运作或者异常运作,都应当由银行承担后果与责任。不能有了功绩,归属银行;出现过错则推给ATM机或者相关行为人。ATM机承担责任论,抹杀了自动柜员机与自然人柜员之间的差别;许霆有责而银行免责论,又显失公平。

三、本论——罪行与罪过

陈兴良教授认为:"许霆的行为构成盗窃罪,从我国目前的刑法理论来分析,应该是正确的判断。关键问题是对许霆的量刑过重,难以为公众所接受,尤其是贪污受贿数十万元甚至上百万元,也只不过判处十几年。"①尽管许霆案件已经作出有罪判决,刑法学界几位大腕也力主构成盗窃罪。笔者仍然认为,本案的关键仍然是有罪与无罪之争。构成犯罪要讲规格,要具备一定的条件,否则不能追究行为人的刑事责任。在我国,犯罪构成就是规格,就是条件。其中,罪行(犯罪行为)与罪过(故意和过失)的辩证统一,是构成犯罪的内核。笔者认为,"从我国目前的刑法理论来分析",许霆的行为不构成犯罪,既不符合盗窃的构成特征,也不符合其他犯罪的构成特征。

(一)对行为要件的剖析

1. 许霆的行为不具备盗窃行为要件的基本特征——秘密性

(1)秘密性的概念

刑法上的秘密性,是与公然性(贬义)、公开性(中性义)相对应的。盗窃行为要件的秘密性,即所谓秘密窃取,是指行为人在行为时采取刻意隐瞒其行为与结果,自以为财物的实际占有者、控制者没有发觉而试图暗中非法占有公私财物的情形。

(2)秘密性的地位与作用

陈兴良教授介绍:目前出现了否认盗窃罪必须以秘密为条件的观点。例如日本学者提出:窃取,本来是指秘密取得之意,但即便公然实施也可构成本罪。② 我国学者也有赞同这一观点的,认为只要是以平和而非暴力的手段,违反占有人的意思而取得财物,就是盗窃罪中的窃取,而不以实施隐秘方法为条件。的确,日本刑法理论认为"窃取不要求是偷偷地拿,也可以是公然地侵害占有。"③坦率地说,笔者所接触到的有限资料语焉不详,对"公然"盗窃的理论与实践的研究也不甚深入。但是,可以肯定的是,我国刑法理论普遍认为,尽管秘密性不是盗窃行为要件的唯一特征,却是盗窃行为要件

---

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,《人民法院报》2008年4月1日。

② 参见〔日〕西田典之:《日本刑法各论》第3版,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第116页;以及参见周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第108至109页。

③ 黎宏:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年第1版,第352页。笔者认为,这段引文存在语病。前段似应改为"窃取不要求必须是偷偷地拿"为宜。该书对这段引文注释:"'在众人面前公然将他人的文件拿走的行为'。最决1957年9月5日《刑集》第11卷第9号批2143页。"

最基本的特征,它揭示了盗窃行为要件的本质,是盗窃罪与抢劫、抢夺、诈骗等其他侵犯财产犯罪相区别而赖以成立的关键所在。为此,我国理论与实践中的秘密性,对于"公然"盗窃是排斥的,对二者的彼此兼容也是不认同的。其实,只要理论自成体系,说得顺,行得通,符合法治理念,"传统"也没有什么不好。在笔者看来,即使在日本,"公然"盗窃也是特例,在认定上严格限制,不具有普遍意义。从长远看,我国对"公然"盗窃的理论应当持谨慎态度,不宜引进;秘密性的特征非但无须取消,而且需要强化固化。从当前看,更加不应当以公然"盗窃"理论来研究许霆案。以不成熟的理论随心所欲运用于个案,将难免有随意、牵强之嫌。

(3)秘密性的结构

"盗窃罪的秘密具有主观性,是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓,因此即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时,盗窃罪的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。"①笔者大体上赞同上述看法,但认为有修正、补充之必要。笔者认为,盗窃行为要件秘密性的结构,是由自我的主观性、时态的当即性、内容的特定性、对象的相对性的有机结合而成的。

其一,自我的主观性。这是立足于秘密性是行为人自我的主观意识而言的,具体是指行为人采取的是自以为不被被害人发觉的行为方式而试图暗中占有的情形。"自以为"与"试图",就是主观性的具体表现。某甲乘公共汽车时,发现身边的青年在摸他的钱包,刚想去抓,猛然发现周围有其同伙,立即决意要命不要钱,装着不知道的样子任该人偷走了自己裤袋的钱。在这个案件中,某甲知晓青年在偷他的钱包,而小偷们却不知道某甲知晓他们的盗取行为,具备了秘密性中的主观性的要求,符合"秘密窃取"的特征,因而应当认定为盗窃行为,但是,如果在偷盗窃时,小偷及同伙发现某甲知晓,却依然公然取钱:此时这伙人实施暴力或者以暴力相威胁,可能认定为抢劫行为;没有实施暴力或者以暴力相威胁,则可能认定为抢夺罪——总之,这两种情况都不能认定为盗窃罪。抢劫、抢夺的基本特征是公然性、公开性。但是,"两抢"案件也并不都是"明火执仗"。例如,"乘人不备"的抢夺②,在被害人没有觉察的情况下突施暴力的抢劫(如"拍头党"),以及用酒灌醉、用药物麻醉的抢劫,似乎也具有隐秘性。③ 但是,"两抢"的"隐秘性"与盗窃的"秘密性"存在质的差异。前者的"隐秘性"属于非构成要

---

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

② 有些抢夺案件也是乘人有备的,如在被害人已有觉察并且防备的情形下,行为人不言不语、倚仗强力、直接地、硬性地夺走财物。从这个意义上看,"乘人不备"不应当是抢夺罪必须具备的条件。

③ "秘密性"专指盗窃行为要件的基本特征,为避免混淆,对"双抢"使用"隐秘性"一词。

件的方法或者手段①,即“两抢”行为要件的基本特征是公然性、公开性,而后者的“秘密性”则属于盗窃行为这一必要要件的基本特征。

其二,时态的当即性。这是立足于行为人实施秘密窃取行为的当即时态而言的,具体是指行为人在实施行为的当时,“自以为”被害人不知晓并“试图”占有财物的情形。相反,即使被害人随即或者事后知晓也不影响秘密性的成立。例如,某人只要在行为时采取“自以为”不为被害人发现的方法,“企图”将其手提电脑拿走,就可以认定为盗窃;至于随即或者事后为被害人发现,并不影响秘密性的成立。笔者赞同陈兴良教授的“行为时”看法,但不同意“相对性”的称谓。“相对性”一词不甚贴切,莫若“当即性”、“当时性”、“时间性”、“时态性”等更为适宜。

许霆是当时知晓,还是事后知晓?陈兴良教授说:“即使许霆使用本人实名的银行卡取款,事后银行能够追查到许霆,只要许霆在取款当时银行不知晓,就应当认为是秘密窃取。总之,许霆的行为是利用自动取款机的故障在银行当时不知晓的情况下恶意取款,其行为完全符合盗窃罪的特征。”②赵秉志教授认为,“事实是许霆实施恶意取款行为时银行并不知晓情况”。③ 其实,ATM 机不仅知晓,而且当时就知晓。ATM 机具有智能性,受主机系统控制,被程序设计者赋予了识别、反应与操作的能力。当时,ATM 机认知并确认身份与密码,回应、提示、打单、付款等,证明 ATM 机及主系统当时知晓,也就视为银行知晓。因为这一系列要约与承诺、兑现活动,建立合同之债权债务关系,它不仅是有效的,而且当时即相互知情的。将银行简单地理解自然人工作人员,是不合适的。

其三,内容的特定性。这是立足于行为人刻意隐瞒的内容而言的,具体是指行为人有意将自己对财物的“窃”(偷窃)行为和“取”(占有)结果置于隐秘状态。至于身份的公开与隐瞒,是否为构成盗窃所必需,则需要具体问题具体分析,关键是看身份对于窃取财物是否必要。有时,身份公开与否不影响盗窃罪的成立,如对熟人的盗窃;有时,隐秘身份则为成立盗窃所必需的,只有秘密的身份才可能有秘密的行为,否则身份的公开就意味着行为的公开。

赵秉志教授认为,“其身份的公开并不能否定其行为的秘密性,不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性”。④ 笔者认为,将身份与行为分离,是对秘密性结构的深化,但不能因此否定许霆行为的公开性。因为,一是亮明身份本身就是行

---

① 我国刑法中的方法或者手段,有些是法律明文规定的,如“暴力、胁迫或者其他”方法或者手段,应属于法定的选择性的构成要件;许多是法律没有规定的,如“双抢”的“隐秘性”方法或者手段,则属于非构成要件。

② 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

③ 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。

④ 同上注。

为,对此姑且不议;二是身份的公开,是公开取款行为的前提行为。许霆以银行卡及相关身份资料、密码等为据,亮明了身份,而且亮明了正确的身份,才可能公开实施取款行为;三是事实也证明,许霆取款的过程可证明其行为是公开的。当 ATM 机确认身份与密码后,许霆按照提示不停按键,提出取钱的要约,ATM 机不停地回应,得到 ATM 机(包括背后的主机系统)的承诺,直至吐出钱款。这就是取钱的行为的公开性。

其四,对象的相对性。这是立足于行为指向的人必须限定一定的范围而言的,具体是指行为人期望不为特定的被害人知晓。所谓特定的被害人,是指财物的所有人、使用人、保管人等实际占有者、控制者。这里应当把握两点:一是财物所有人、使用人、保管人等,只是被害人的选项,关键是被害人是否为当时的财物实际占有者或者实际控制者。如果只是强调资金所有人是否知晓,是不合适的。二是在有多个财产所有人、使用人、保管人等实际占有者、控制者的情形下,只要行为人"自以为"财物的实际占有者、控制者不知晓,实际上其中有的财物实际占有者、控制者知晓,也不影响盗窃成立。如在夫妻经营的小商店里,行为人只看到妻子在,即背着她暗中拿商品,而丈夫在隐秘处发现,依然可定盗窃。三是行为人自以为隐瞒的对象限制在特定范围,至于特定被害人之外的其他人是否知晓,不影响盗窃成立。例如,某行为人在失主不知晓的情况下取走其钱包,但被在场的其他人发现,无论其他人隐忍还是揭露、制止,也依然认为具有秘密性。四是 ATM 机是银行资金的实际占有者、控制者,虽然它不是资金的所有人,但是,ATM 机是银行的延伸,是银行业务的实际作业者,因而 ATM 机知晓就意味着银行知晓。所谓资金的所有者——银行不知情的说法,很难成立。

总之,许霆案不具备自我的主观性、时态的当即性、内容的特定性和对象的相对性,因而不具备盗窃行为要件秘密性的特征。许霆行为在主观、内容和对象上当时都是公开的,ATM 机也是当时知晓其身份、行为和结果的,双方处于相互知晓的状态。没有秘密性,盗窃罪就不复存在,盗窃罪的认定也就丧失赖以成立的根据。

2. 许霆的行为不具备其他侵犯财产行为要件的基本特征

(1) 许霆的行为不属于"两抢"

如前所述,许霆的行为不具有秘密性,其身份、行为、结果等在当时就是公开的,而且与 ATM 机互知互晓。均具有公开性,许霆的行为为何不属于"两抢"呢?这是因为"两抢"还具有人身强制性的基本特征,具体表现为法律明文规定的"暴力、胁迫或者其他方法"。许霆案不具有人身强制性,不构成"两抢",这是公认的事情。

(2) 许霆的行为不属于诈骗

张明楷教授说,"许霆的行为是违反银行管理者意志的行为"。① 这种说法是不准确的。刑法上的被迫性,是与自愿性相对应的。所谓被迫性,是指行为人所实施的行

---

① 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

为，在当时是违背财物实际占有者、控制者意志的情形。所谓自愿性，是指行为人所实施的行为，在当时不违背财物实际占有者、控制者意志，而且是自愿的情形。确切地说，无论抢劫、抢夺、敲诈勒索及盗窃等被迫型的犯罪，还是诈骗等自愿型的犯罪，实质上，在根本上都违背了被害人的意志。被迫型犯罪与自愿型犯罪区别的关键是，在“行为时”是否违背被害人意志。诈骗在“行为时”不但没有违背被害人意志，而且被害人在不知真相、受骗上当的前提下，既具有“自愿”的形式，又具有“自愿”的内容（在当时确是真实意思的表示）。但是，一旦被害人知道真相，则幡然悔悟。盗窃、抢劫、抢夺、敲诈勒索等，无论当时还是以后，无论是形式还是内容，无论是表面还是实质，都违背了被害人的意志。只不过盗窃是以其秘密性，被设定为被害人处于浑然不知的境地。在本案中，AMT 机即银行在行为的当时是同意的，只不过事后不同意，因而不属于盗窃。

如前所述，许霆在 ATM 机取钱行为的当时即“行为时”，是 ATM 机在知晓的情形下“自愿”付钱的，不存在违背被害人意志的问题，不具有被迫性。许霆的行为不具有秘密性，又具有“自愿性”，似乎与诈骗罪相仿。那么为什么不构成诈骗？这是因为，诈骗行为要件的基本特征是虚假性，而许霆行为不具有虚假性。刑法上的虚假性，是与真实性即非假性相对应的。诈骗行为要件的基本特征是弄虚作假，即虚构事实，隐瞒真相。而其他非法占有型的侵犯财产犯罪行为要件的基本特征则不存在虚假性。许霆取款行为，没有弄虚作假，没有虚构事实，隐瞒真相，而是合法地、正大光明地取款。因而，无论是构成信用卡诈骗罪的主张①，还是构成诈骗罪、合同诈骗罪的主张，都是不能成立的。

（3）许霆的行为不属于侵占

“依照对财物的获取与是否犯罪为标准，本章罪可以分为两种：一是来源行为获罪型的犯罪，其特点是行为人取得财物的行为本身就是非法的，就可以构成犯罪，如抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、聚众哄抢、敲诈勒索等行为。二是结果行为获罪型的犯罪，其特点是行为人取得财物的行为本身不是非法的，不构成犯罪，但是其结果行为即对财物的处置则构成犯罪，如侵占行为。”②侵占罪不同于其他非法占有型侵犯财产罪的基本特征是，前期获取财物行为不具有非法性、作为性③，而后期占有财物行为则具有非法性。侵占获罪的关键是，占有财物结果行为的非法性，即拒不交出或者拒不退还财物。ATM 机是在许霆实施合法、消极、被动行为的情形下多给出了钱。许霆前期获取财物

---

① 刘明祥：《在 ATM 机上恶意取款行为不应定盗窃罪》，载《检察日报》2008 年 1 月 8 日。

② 王仲兴：《刑法学》（第三版），中山大学出版社 2008 年 5 月版，第 331 页。

③ 刑法上的作为，是与不作为相对应的。盗窃行为要件的作为性，是指实行犯的盗窃行为只能是作为形式，绝不可能是不作为。这就要求实行犯盗窃行为获取财物的方式具有积极性、主动性，而不可能是消极的、被动的。

行为不具有非法性、主动与积极的所为性,因而不构成盗窃罪。其实,许霆案的争论点,是如何考量他对合法取得财物的处置。从这个意义上说,许霆的行为最靠近的不是盗窃,而是侵占。

那么,为什么许霆的行为不属于侵占呢?这是因为,我国刑法明文规定,侵占罪的对象仅限于“三物”:保管物、遗忘物和埋藏物。根据《刑法》第270条规定,保管物实际上为“代为保管的他人财物”。何谓“代为保管”,存在着广义和狭义两种观点。广义上认为“代为保管,主要是指基于委托合同关系,或者根据事实上的管理,以及习惯而成立的委托、信任关系所拥有的对他人财物的持有管理”。[①] 与之相对,狭义说则主张对“代为保管”作严格的限制解释,即代为保管必须以双方当事人之间存在明确的保管关系为前提。如代为保管是“接受他人委托暂时代其保管”[②],代为保管是“他人暂托自己保管、看护”。[③] 笔者赞同狭义说的观点。首先,刑法之所以将“代为保管的他人财物”作为侵占罪的犯罪对象,核心理由是侵占“代为保管的他人财物”,不仅侵犯了寄存人的财产所有权,而且侵犯了寄存人对保管人的信任关系。这种信任关系,当然是建立在寄存人与保管人存在明确的保管关系的前提下。其次,如果说“根据事实上的管理,以及习惯而成立的委托、信任关系所拥有的对他人财物的持有管理”可以被归入“代为保管的他人财物”的范围之内,那么,刑法又何必再规定他人的“遗忘物”和“埋藏物”?按照常理,对于他人的遗忘物、埋藏物,拾得人当然在事实上具有代为保管的义务。在许霆案中,由于许霆与银行之间仅仅存在事实上的保管关系,而未形成明确的保管关系,进而双方之间并不存在基于明确保管关系所生的信任关系,因而ATM机的钱不属于刑法规定的“保管物”,许霆案也不构成侵占罪。

那么,ATM机多给的钱是什么呢?笔者认为可以称作“误给物(或误与物)”[④]。定稿时,发现有的论者提出了“错给”、“错给物”的词语。笔者注意到,判决书与有罪派对“错误”一词采取回避态度。如判决书的“异常”,有的用“故障”、“疏漏”(赵秉志教授语),有的用“过错”(陈兴良教授)。基于上述情形,笔者认为采用“误给”、“误给物”,恐怕比“错给”、“错给物”更容易被普遍接受。“误给物”不属于“三物”,所以不构成侵占;拿了营业员失误而多给的钱、物,也不能构成盗窃,恐怕也是共识。当然,对于“误给物”,银行可以基于民法上的不当得利要求许霆返还。

(二)对罪过要件的剖析

在研究本案的罪过要件时,应当明确五个界限。

---

① 胡康生等主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社1997年版,第383页。

② 刘家琛主编:《新刑法条文释义》,人民法院出版社1997年版,第1197页。

③ 梁华仁、裴广川主编:《新刑法通论》,红旗出版社1997年版,第295页。

④ 李飞:《析许霆案重审判决之两大错误》,载http://www.bloglegal.com/blog/user/leephee/。

1. 不能混淆不同语境下的"故意"的界限

故意在不同语境中有其共性,也有其个性。通常认为,故意就是指有意识地去做,在贬义中以"明知故犯"概括。但是在不同的语境中,故意的形式与内容各不相同,其中刑法上的故意是法律明文规定的,而且形成了理论体系。在不同的语境中,故意具有不同的侧重点。例如,刑法中的犯罪故意,强调的是其犯罪性质;其他法律部门中的故意,强调的是其非刑法的违法性质,如民法中不当得利与侵权的故意等;伦理道德中的故意,强调的是其非法律性质;社会生活中的故意,强调的是其非规范性质。

在许霆案件的讨论中,有时混淆了不同语境下的故意,出现了鸡同鸭讲、各说各话的混乱现象;有时为了入罪而不区别什么语境下的故意,一律拉进犯罪故意的范畴;有时为了出罪而否认本案存在任何故意,甚至连不道德的故意也完全否认,许霆父子更是这样。笔者认为,只有严格区别和正确处理不同语境下的故意,才有利于案件的讨论。

2. 不能混淆过错与罪过的界限

广义上的过错,是泛指行为人在不道德行为、一般违法行为与犯罪行为在主观心理态度的总和。狭义上的过错是与罪过相对应的概念,特指行为人在不道德行为、一般违法行为中主观心理态度的总和,本文的过错取狭义。罪过,是刑法专用词语,是与狭义上的过错相对应的概念,特指犯罪主体对自己的行为发生危害社会的结果所抱的主观心理态度。过错与罪过之间的界限,就是罪与非罪的界限。笔者认为,许霆的行为是民法上的不当得利和侵权行为,因而在主观上具有过错,而不具有罪过。此外,无论故意还是过错,都包括故意和过失两种形式。有的网友认为,许霆是出于过失,这是不符合事实的。

3. 不能混淆故意形式与故意内容的界限

罪过和过错上的故意,都包括形式和内容两部分。如前所述,一些人只注意到形式是故意,而忽略或者抹杀故意和过错的界限,忽略或者抹杀犯罪与非犯罪的界限,忽略或者抹杀刑事法律和非刑事法律的界限。这不利于许霆案的讨论。在故意的内容上,还应当注意认识因素和意志因素的有机结合。盗窃故意,在认识因素上,是指明知是他人的公私财物,也明知自己秘密窃取的行为会造成他人公私财物被非法占有的危害结果,在意志因素上,希望他人公私财物被非法占有的这种危害结果发生。在本案中,没有足够的证据能够证实,许霆具有明知自己是在秘密窃取国家金融机构的财物,并且希望这种结果发生的心态。

4. 不能混淆直接故意和间接故意的界限

有罪派认为,许霆具有非法占有的目的,主观上对于其行为将会造成银行财产的损失持希望态度,是直接故意。例如,赵秉志教授认为,"许霆在其已经完全意识到ATM机出了故障,且在取款时自己账户余额不足无权再次取款的情况下,仍一而再、再而三地反复操作170余次,累计取款达17万余元,其主观恶性暴露无遗。应当说,此时

许霆的主观心态已发生了转化，由意外受益的心理转变为非法占有的意图，由被动地获得超额款项转变成为积极主动地侵犯银行的财产。通过反复操作恶意取款，许霆非法占有银行财产的主观意图已经明显地征表出来了。”①

其实，按照判决书和有关论文的描述，笔者认为许霆的主观心态更接近于间接故意。首先，许霆取钱完全寄希望于 ATM 机的失误，他在主观心态上并不能肯定一定能多取钱，在客观实际上也并非次次能够多取钱②，因而许霆在认识因素上，他只认识到自己利用 ATM 机失误取款行为造成多取钱的结果，只存在可能性，而不存在必要性。其次，由于能否多取钱并不取决于自己，而取决于“神经兮兮”的 ATM 机，因而是能多取款就多取款，多取不到也无所谓的“放任”态度。实际上，许霆取钱行为是被动的、消极的(问题出在对多取的钱的处置上)，没有也不打算主动积极地采取其他方法去多取钱。如果间接故意更符合实际，能够成立的话，那么关键所在是，盗窃罪只能是出于直接故意，即主动积极追求的“希望”态度，而间接故意是不能成立盗窃的。

5. 不能割裂罪过与罪行的有机联系

有些论者，表达了这样一种观点：先产生了非法占有银行资金的目的，然后在此目的支配之下，实施了盗窃行为。笔者认为，这种看法值得商榷。对于任何犯罪来说，罪过是行为的灵魂，行为是罪过的载体。无行为则无罪过，无罪过也没有行为。罪过与罪行是同生同灭的，不能割裂罪过与罪行的有机联系，也不存在先罪过后罪行或者先罪行后罪过的情形。发生在犯罪之前的主观范畴的东西是什么，所谓犯意而已。对许霆案来说，由于许霆没有实施秘密窃取的行为，不存在盗窃行为，盗窃故意与盗窃目的也就没有赖以存在的客观基础了。至于许霆先产生非法占有银行资金的目的，再实施盗窃行为，就更加不能成立了。

四、专论——法定与谦抑

(一) 许霆入罪，违背罪刑法定原则

我国《刑法》第 3 条规定了罪刑法定原则：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律

---

① 引文见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载京师刑事法治网，参见重一审判决书。有罪派观点参见陈兴良：《许霆案的法理分析》，载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日；张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日；重一审判决书。

② 重一审判决书查实，广州市商业银行提供的完整流水记录数据和涉案账户取款交易明细：“(许霆)……21 时 57 分 21 秒至 22 时 20 分 21 秒共指令取款 55 次，每次 1 000 元，其中最后一次交易失败……23 时 23 分 05 秒插卡，23 时 23 分 33 秒指令取款 1 000 元，交易失败，未取出款项”。郭安山供述：“……许霆就接着取，取了好多钱，差不多一个小时才停下来，之后其试了几次，但都取不出钱……当天中午 12 时许，其去到上述柜员机用商业银行卡取款，取出 10 000 元左右，之后无法再取出钱就走了”。许霆供述：“……一直取了很长时间，取出 10 万元左右，之后郭安山又用他的卡试着取钱，还是取不出钱……”由此可见，ATM 机并非每次都可以按照“持卡人指令取款 1 000 元，自动柜员机也出钞 1 000 元，但持卡人账户实际扣账为 1 元”。

定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”其基本含义是法无明文规定不为罪不处罚。这是社会主义法治精神在刑法上的具体体现。我们应当严格奉行罪刑法定原则,恪守法治精神。

许霆的行为在刑法上有无明文规定?应当说,目前,我国刑法对许霆的行为并没有明文规定,这是不争的事实。法律格言说,“不明确即无效”。凡案应当于法有据。从司法角度看,这也是对罪刑法定原则的诠释。前面,我们运用演绎方法,对许霆案件可能涉嫌的罪名进行一一分析,进行“排查”(公安话语),即使按照现行法律规定和刑法理论,也无法入罪。诚如侯国去教授所说,许霆的行为是“一种全新的行为”①目前,各方观点都是自己的见解,属于没有法律效力的学理解释和民间看法;至于审判机关的判决到底是创新还是越权,是依法自由裁量还是违法自由裁量,也存在疑问。在银行与 ATM 机关系、盗窃金融机构、秘密性等重大问题存在如此之大的分歧的情况下,既不遵循罪刑法定原则,谨慎从事,大疑归无,对许霆不追究刑事责任,也不及时通过立法程序,从刑法、民法或者其他方式,对可能重复的行为进行预防性的规定。这些做法都是值得商榷的。

赵秉志教授说,“从实质上看,其行为具有严重的社会危害性,达到了犯罪的程度”,因为:一是“有相当程度的主观恶性”;二是“造成的客观危害严重”。② 笔者认为,本案确实具有相当的社会危害性,而且数额巨大。赵秉志教授一开始就采用了实质判断(社会危害性),而忽略了形式判断(刑事违法性)。在法无明文规定的前提下,认定许霆行为达到了犯罪程度的根据是什么?进而确定其构成盗窃罪是否合适?在我国司法实践中,有过信守罪刑法定原则的成功案例。例如,新刑法典实施不久的 1998 年发生了 15 岁少年绑架 8 岁儿童的案件。《刑法》第 17 条第 2 款对于已满 14 周岁不满 16 周岁的应当负刑事责任的罪名中没有绑架罪。当时严格按照法律规定,对这个 15 岁的少年没有定罪。前些年,在辽宁省抚顺市发生了男老板强制鸡奸 17 岁男子的案件。我国刑法规定的强奸罪和强制猥亵妇女罪,要求被害人必须是女性;我国《刑法》规定的猥亵儿童罪,要求被害人必须是儿童。但是,该案的被害人却是已满 14 周岁的男子,我国刑法没有相应的条文可以适用。最后,只能给予男老板行政拘留处罚和民事赔偿的处分。这两宗案件具有社会危害性,特别是后一宗案件严重侵犯了他人的人身权利,其严重程度不亚于强奸罪。但是,对这两宗案件的处理,体现了法治精神和实行了罪刑法定原则,取大利舍小利,是正确的、成功的。许霆案件也具有一定的社会危害性,但其严重程度远不及上述第二个案件。为什么非要入罪?从长远考虑,从全局看,从法治精神出发,奉行法治,摒弃人治,坚定不移地实行刑法典确定的罪刑法定原

---

① 《法制日报》2008 年 2 月 3 日第 8 版。

② 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。

则,是唯一正确的道路。然而,这是需要勇气与智慧的。

(二)许霆入罪,违背谦抑精神

刑罚权作为一种剥夺或限制公民财产、自由甚至生命的权力,具有一种天生的扩张本性:它总是试图将社会上的各种越轨行为收入囊中。这种扩张本性一旦被张扬到了极致,就会适得其反地导致社会民主、自由、权利、和谐的被剥夺与被限制。正因为这样,我们才要求刑法必须具备谦抑性,以阻却来自刑罚权掌控者及围观者本我惩罚欲望的蔓延。谦抑精神基本含义,就是在刑法强势背景下,强调刑法对社会的调整与干预应当适度,既不能放纵犯罪,任意出罪,也不能动辄入罪,随意重刑。

张明楷教授说:"谦抑性是我们解释刑法的原理,并不是说首先看能否使用民事政策。如果这样的话,一个人杀人后,向被害人亲属承诺赔偿20万元,被害人亲属便决定不追究,那么岂不是杀人无罪?"[①]之后又说:

> 谦抑性原则虽然对刑事立法与刑事司法起指导作用,但并不意味着对于任何构成犯罪的具体个案,都首先考虑是否可以采取民事处理方法。由于刑法规制的是犯罪行为,所以,只要行为符合刑法规定的犯罪构成要件,就应以犯罪论处。倘若将谦抑性当作处理个案的具体方法,那么,对于任何案件都必须先采取民事诉讼程序,只有当民事判决不能得到被害人或者国民的认可时,才采取刑事诉讼程序;刑法上的一切犯罪都成为告诉才处理的自诉罪,公诉罪被废除。这是难以想象的。[②]

刑法谦抑,当然不是指刑法无原则的谦和、抑制。对于构成犯罪的行为,当然不能基于可以采取民事处理方法,就弃刑事制裁方法于不顾。对已经构成犯罪的行为,只采取非刑事方法处理,这不是体现刑法谦抑,而是赤裸裸的权力滥用。笔者认为,刑法的谦抑原则至少体现在两个层次上:其一,当某行为确定构成了犯罪时,应当按照刑事诉讼的程序,追究犯罪人的刑事责任。但是,在选择刑罚种类及幅度时,如果能用惩罚度较小的刑罚实现刑罚目的[③]时,就应当按照刑罚的谦抑原则,选择惩罚度较小的刑罚。其二,当某行为徘徊在犯罪与一般越轨行为的边界,是否构成犯罪存在重大疑义的情况下,基于谦抑精神派生出来的补充性特征,如果采用行政、民事甚或是道德的手段能够达到对这种行为的控制与预防时,则应当采取非刑罚的手段来处理该行为。笔者还认为,刑法的谦抑精神,不仅适用于立法领域,也适用于司法领域;不仅适用于普遍性的政策,也适用于特殊性的个案。因此,笔者同意许多论者的看法,对许霆案件应当根据刑法的谦抑精神,予以无罪处理的。

---

① 关于张明楷教授《关于许霆案的思考》的分析,载 http://blog. sina. com. cn/s/blog,2008 年 3 月 7 日。

② 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

③ 本文持折中的观点,即刑罚目的既包括道义报应,也包括预防犯罪。

五、余论——评说与建言

(一)审理与判决

在许霆案件上,侦查机关、公诉机关、特别是审判机关承受的压力是沉重而巨大的。当尘埃落定时,笔者的评价是,有关机关及警官、检察官、法官对许霆案件的侦查、起诉、审理活动是努力的、认真的,在理论与实践的结合上是颇用了番心思的。我们尊重法院的判决,也尊重有关工作人员的劳动成果。但是,这不能妨碍我们对许霆案件审判活动的评价。笔者认为,从总体上说,本案的审判活动费力而不讨好,甚至受到对立的两个方面的置疑。对于本案的定罪问题,笔者已经表明了无罪的观点,在此不再赘述,只谈其他相关问题。

1. 提起重审的理由不实在

原审二审法院发回重审的理由是"事实不清,证据不足"。但是,从原一审和重审的审判活动看,并不是或者至少主要不是"事实不清、证据不足"的问题。在原二审机关看来,实质问题就是量刑。"事实不清,证据不足",事关定罪。以定罪为名,行重新量刑之实,名不副实。目前,凡发回重审,均以"事实不清,证据不足"为由,有套话、老话、废话、虚话之嫌,到了必须要改改的时候了。

2. 二审审理的过程走过场

对于影响这么大、争议这么对立的案件,只进行书面审,是不合适的。给人的印象是(恐怕实际上也是),事先条条块块、头头脑脑已经协商一致,最终的判决事先已经确定,所谓审判活动只不过是走走形式、走走过场。有人说这是中国国情,但公开审理案件和"独立行使审判权",是写进宪法和刑事诉讼法的重要原则,应当依法办事。

3. 特殊减轻的理由与结果不相称

广州市中级人民法院甘正培法官说:"重审判决之所以对许霆在法定刑以下量刑,主要基于以下几点考虑:第一,许霆的盗窃犯意和取款行为是在自动柜员机发生异常的情况下发生的,与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,主观恶性相对较小。第二,许霆是利用自动柜员机出现异常,使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项,与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,如果依据法定量刑幅度就低判处其无期徒刑仍不符合罪责刑相适应原则。考虑到许霆案的特殊情况,遂依照我国《刑法》第 63 条第 2 款的相关规定,对其在法定刑以下量刑,判处有期徒刑五年。"①笔者认为,从适用特殊减轻的依据来看判处结果,二者并不相称,改判有期徒刑 5 年根据不足。

首先,根据法院认定的事实,本案具有诸多情节,其中既有从重处罚的,也有从轻

① 《人民法院报》2008 年 4 月 2 日。

或者减轻处罚的;既有法定的,也酌定的;既有普通的,也有特殊的。甘正培法官也说:"许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,没有法定减轻处罚的情节,反而在盗窃后携款逃匿,案发后又没有退赃。"[①]但是,判决出于需要,只突出了从宽处罚的情节,而没有列举从重处罚情节,使人容易产生不严肃,不实事求是的感觉。

其次,即使以判决书和所甘正培列举的依据来看,至多是酌定的从轻处罚情节,离减轻情节还有段距离,而且将从宽情节与从严情节进行综合,恐怕也不能适用特殊减轻的规定。

最后,减轻幅度太大。1979年《刑法》施行期间,全国人大常委会发布了《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》(1981年6月10日)。其中首次规定了判处高于法定最高刑的刑罚的"加重处罚"的量刑情节。[②] 如何加重处罚?法律没有明文规定。最后达成的共识是,加重处罚是有限制地加重,即只能罪加一等,在法定最高刑以上一格判处。具体而言,将法定刑分为9等即9格,即1年、2年、3年、5年、7年、10年、15年、无期徒刑、死刑。如法定最高刑为7年的,加重处罚就是在高于7年不超过10年的刑度内处罚。这种做法是弥补性措施,旨在限制加重处罚的适用,防止其滥用。与此同理,减轻处罚也不应当滥用。由各级人民法院审判委员会核准到报请最高人民核准,即只有最高人民法院拥有最终决定权,这在程序上属于限制权力与制约权力之举。本案猛然将无期徒刑改为有期徒刑5年,表面上没有违反法律规定,却违背了法的精神。加重处罚既然有度,减轻也应当节制。一般而言,既然加重处罚是阶梯形地逐级上升,那么减轻处罚也应当阶梯形逐级下降。大加大减,大起大落,会让人产生太随意、太随便的感觉,与特殊减轻处罚规定的基本精神是相对立的。陈兴良教授说:"原一审判决为什么不启动这一特殊减轻的程序?这里确实存在机械司法之嫌。"[③]与之相对应,笔者认为,重审判决由无期徒刑一下子减为有期徒刑5年,则存在随意司法之嫌。赵秉志教授认为,改判有期徒刑5年量刑过轻。[④] 仅从特殊减轻程序适用的依据与改判结果的对称性角度看,笔者是赞同这一意见的。

4. 重审判决缺乏全盘考虑。2001年3月2、3日,云南何鹏因银行系统出故障多取了42万元,尽管何鹏及时还清了全部款项,结果仍被判处无期徒刑,至今已坐了近7年的牢。[⑤] 类似案件还有一些。没有瞻前顾后地计划,其效果有违反公平原则之嫌。

---

① 《人民法院报》2008年4月2日。

② 理论界对"加重处罚",基本上持一边倒的否定态度。1997年刑法典取消了"加重处罚"的规定。在笔者看来,加重处罚的规定实际上仍然存在,如条文中的情节加重犯。是也非耶,容后再议。

③ 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。

④ 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载京师刑事法治网。

⑤ 《男子恶意取款42万被判无期 已坐牢7年》,载 http://www.sina.com.cn 2008年4月3日05:52 四川新闻网—成都商报。

(二)许霆与其父

在全国热议的前期,绝大多数网民对许霆父子是支持的。但是,他们在重审一审期间让人哭笑不得的胡言乱语,前后矛盾的拙劣表演,使人有吃了苍蝇的感觉(网民语)。例如,许霆的"本意是想把钱取出来,保护好还给银行"①之论,许霆父亲许彩亮的"如果不判许霆无罪,我肯定不会还钱"②和"退款等于进圈套等于认罪"③之言,使网民纷纷倒戈。

笔者认为,一是许霆父子等有关当事人的表现,特别是其言语,不应当成为定案的根据。当事人对事实的看法和法律意识高低,不能左右定罪与量刑。事实与法律,依然是定案的基本点。感情不能取代理性。从许霆的言语看,经常出现混乱与反复现象,不足为据。判决书、有罪派一再引用许霆的话,作为秘密性中"自以为"的依据,是不合适的。二是许霆说为银行保护财产、有些网友"不拿白不拿"等激愤之言都提示我们,法律意识的增强与伦理道德的提升,是不容忽视的问题。鲁迅笔下的阿Q及"国民劣根性",是很值得反省的。

(三)民意与感觉

1.《新快报》率先及时披露许霆案件,启动了全民热议,否则许霆案卷将被遗弃在某个布满灰尘的档案架上,不再有人过目。各大论坛上那些"不知疲倦"拼命"灌水"的匿名网友们推波助澜,激荡着轩然大波,否则许霆案就不会从普通的刑事案件上升为全国皆知的大案。新快报等媒体启动了热议,网络为热议提供了平台,网络民意催生出了重审。一桩许霆案,将法学界的"阳春白雪"与社会上的"下里巴人"紧密的联结到了一起,激发了深重的思考。笔者认为,无论许霆案件的结果如何,媒体、网络民意是媒体监督与民众监督的最好方式。对许霆案件的波澜壮阔的网络热议,对于推动法治,追求正义和效率,实现公开、公正、公平,起到了极其重要的作用,很值得我们总结。

2."以人民群众感觉为依据"能否成为办案的依据之一,是与许霆案相关的又一个热点话题。对于这个观点,有人赞同,有人反对;对于许霆案件改判结果,有人认为顺从民意(或人民群众感觉),有人认为违背民意(或人民群众感觉);有人认为,这是部分照顾人民群众感觉的判决,很好;但也有表示担忧,媒体、网民的呼声应当属于"人民群众的感觉",事实上对许霆案的重审也正是据此而启动的。所幸的是,本案的"人民群众的感觉"的作用是正面的,并起到了一定的作用。改判,至少是在往正确的方向走,虽然在笔者看来没有继续往前走而深感遗憾。但是,如果在某些案件中我们"人民群众的感觉"发生了错误呢?我们的司法机关是以为"依据",还是不以为"依据"?我们的司法官员们是否坚持以事实为根据,以法律为准绳,做到"风动"、"幡动"而"心不

---

① 徐迅雷:《即使"很傻很天真",法律也不情绪化》,载《检察日报》2008年2月27日第5版。

② 见《羊城晚报》2008年2月23日A3版。

③ 见《南方日报》2008年2月25日A05版。

动”,很值得深思。

(四)罪状与法定刑

1. 盗窃罪的条文设置。第一个办法是,取消第265条,并入第264条,统一于一个条文之中。第二个办法是,在第264条、第265条之外增加条文,将入室盗窃、夜盗甚至盗窃金融机构等规定为单独罪名及法定刑。第三个办法是,在不涉及增删条文情况下,至少也应将入室盗窃、夜盗列入加重处罚的情节。

2. 盗窃罪状过于简略,应当略加具体描述。

3. 对“盗窃金融机构”情节予以修改。一是“盗窃金融机构”过于简略,即使司法解释已经作出规定,仍有修改之必要。可以先行通过立法解释、司法解释对之作出更加合理和更加精确的解释,进而以修正案方式在立法上使“金融机构”的词语更加规范。二是盗窃罪与诈骗罪是两个采取“平和”手段非法占有他人财物的犯罪。一般而言,两罪的社会危害性大致相当,盗窃金融机构与诈骗金融机构的社会危害性也应当大体均衡。但是,1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第3项规定:“个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为‘数额特别巨大’”;《刑法》第264条规定,“处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。”而1996年12月24日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第4条规定,“个人进行贷款诈骗数额在20万元以上的,属于‘数额特别巨大’”;《刑法》第193条规定,“处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产”。在法定刑上,盗窃金融机构数额特别巨大的法定刑高于诈骗金融机构数额巨大的法定刑,在司法解释对金融机构的“数额特别巨大”起刑点与加刑点,却盗窃低于诈骗。如果两个司法解释间隔时间过大,对这种悖逆性现象尚可理解,但二者相隔不到两年。因而,对于盗窃与诈骗金融机构数额特别巨大的起刑点、加刑点,需要统一整理司法解释,实现平衡与协调。

六、结论——无罪与善后

第一,许霆的行为不构成犯罪,不构成盗窃罪,也不构成其他犯罪。许霆无罪,不应当追究刑事责任。

第二,许霆的行为是民事违法行为。笔者以为,可以将许霆的行为分为两个阶段:前段多次取款行为是出于放任心态的不当得利;后段取款后的性质就转化为侵权,因为他非法占有了不属于自己财物,侵犯了被害人的合法利益,属于民法上的侵权行为。对此,除追回不当得利钱款外,还应当予以惩罚性的赔偿。但是,由于银行本身也具有过错,存在失职或者渎职行为,应当承担相应的责任。这样,许霆不应负担全部责任,在惩罚性的赔偿中适当降低相应比例,适当减少赔偿金额。

第三,在伦理道德上,对许霆的行为应当予以公开谴责。

第四,许霆案件确实具有社会危害性,但是以不入罪为宜,因为对许霆行为可以通过追究其民事法律责任的方式,不仅追回不当得利钱款,而且可以给予惩罚性赔偿。这样,被害人可以尽量避免受到损失,同时对于世人也可以起到警示作用。对于今后出现的类似许霆行为,如果确实必要入罪,只能修改《刑法》第271条侵占罪,在原有“三物”基础上,增加“误给物(或误与物)”。当然,由于误给物是被害人过错在先,因此应当与现行规定的“三物”有所区别,在入罪和量刑方面应当宽些。① 至于盗窃罪的秘密性的基本特征无论如何要坚守,否则无法与其他占有型的侵犯财产犯罪相区别,没有存在的价值了。

第五,笔者怀着惴惴不安的心情,写下ATM机与银行、不当得利与侵权等民事责任等文字。尽管笔者阅读了许多相关法律与论著,也求教于相关专家学者,但不免外行乱语。之所以斗胆保留上面文字,目的在于抛砖引玉,并强烈呼吁民法、金融专家、计算机等专家参与讨论。

① 笔者原则上不赞同被害人过错(注意不是犯罪)在先而不负刑事责任的观点。一般来说,被害人过错可以成为从宽处罚的理由,但不足以成为免责事由。例如,某女子穿着暴露,不能成为强奸免责的理由。当然,在情节轻微危害不大的情形下,不排除免责。

许霆的行为不宜认定为犯罪

莫洪宪*

被告人许霆利用真实的银行卡、有效的密码在ATM机上取款，由于银行的过错，导致了溢付，这些溢付款在法律性质上属于脱离物，许霆的行为本质上应当属于侵占脱离物。由于我国刑法对此没有规定，不宜认定许霆的行为成立犯罪。

一、案件背景

2006年4月21日晚21时许，被告人许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡到广州市天河区黄埔大道广州市商业银行自动柜员机(ATM)取款。当晚21时56分，许霆在自动柜员机上无意中输入取款1 000元的指令，柜员机随即出钞1 000元。经查询，被告人发现其银行卡中仍有170余元，被告人意识到银行自动柜员机出现异常，能够超出余额取款且不能如实扣账。于是，被告人在21时57分至22时19分、23时13分至19分、次日零时26分至1时06分三个时间段内，持银行卡在该自动柜员机指令取款170次，共计取款174 000元。被告人许霆并将此事告知同伴郭安山，郭安山亦采用同样手段取款19 000元。同月24日下午，许霆携款逃匿。2007年5月在陕西省宝鸡市火车站被警方抓获。

2007年12月，广州市中级人民法院审理认为，被告人许霆以非法占有为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为构成盗窃罪，遂判处其无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

该案判决一出，便引起了社会的广泛关注，激起了百姓、法学专家、银行和媒体各方面的热议。许霆不服一审判决，上诉至广东省高级人民法院。2008年1月16日，广东省高级人民法院裁定案件“事实不清，证据不足”，发回重审。广州中级人民法院审理认为，根据我国刑法，被告人许霆的行为成立盗窃罪，本应适用无期徒刑或者死刑，并处没收财产的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构

---

* 武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师，武汉大学刑事法研究中心主任，中国法学会刑法学研究会副会长。

的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下处刑,遂判处被告人许霆犯盗窃罪,判处有期徒刑5年。一审判决后,被告人提出上诉,广东省高级人民法院于2008年5月23日裁定维持原判。2008年8月20日,最高人民法院核准了广东省高级人民法院的终审裁定。

二、争议与评析

法院判决和理论都认为,被告人许霆取款的行为应区别对待:对于其第一次在柜员机取款并多占有银行999元的利益的行为,属于民法上的不当得利,不能认定为盗窃。理论上存在争议的是:当许霆通过第一次取款后,明知柜员机出现了异常并能够多占有银行资金,连续取款170次,取款金额达174 000元,非法占有银行财产173 826元,对于该行为,究竟应当如何定性?另外,人民法院的量刑是否妥当?对此,学者们各抒己见,主要有以下意见:

第一种意见认为,许霆的行为成立盗窃罪。其中有的学者认为,不宜将许霆的行为认定为盗窃金融机构。① 有的认为许霆的行为完全符合盗窃金融机构的构成要件。②

第二种意见认为,ATM机是有思想的主体,本案应当成立诈骗罪。③ 也有的认为,许霆属于利用信用卡恶意透支,应当成立信用卡诈骗罪。④

第三种意见认为,被告人许霆具有明显的非法占有目的,成立侵占罪。⑤

第四种意见认为,被告人许霆用自己真实有效的借记卡在ATM机上取款是合法行为,由于ATM机出故障银行多付了钱,这属于不当得利,应作为民事案件处理,责令被告人返还不当得利即可,不能作刑事犯罪处理。也有的指出,许霆的行为具有社会危害性,既违背道德,也违背法律,但由于现行刑法对该行为未规定,不能认定为犯罪。⑥

(一)关于许霆的行为是否成立盗窃罪

根据我国《刑法》第264条的规定,盗窃罪是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大的行为。成立盗窃罪必须具备主客观两方面的特征。主观上行为人必须具有非法占有公私财物的目的,客观上行为人必须实施了秘密窃取的行为。被告人许霆在明知银行卡所记载的现金只有170余元,在发现ATM机器出了故障后,却一而

---

① 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载 http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp? pkID=16978。

② 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

③ 参见 http://crimlaw.whu.edu.cn/showindcont.php? cls=30&id=1970。

④ 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款的定性分析》,载《检察日报》2008年1月8日第3版。

⑤ 转引自陈皆喜:《许霆案之法律评析》,载《消费导刊》2008年第10期。

⑥ 参见万静:《恶意取款案成热点　专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008年2月3日第8版。

再、再而三地反复操作170余次，累计取款达17万余元，被告人明显具有非法占有银行财产的目的，因此，被告人行为是否成立盗窃罪，关键在于考察其客观上是否实施了"秘密窃取"行为。所谓"秘密窃取"是指行为人采用自认为不使他人发觉的方法占有他人财物。"秘密窃取"，也可以称秘密转移财产占有，具有两层含义：(1) 行为人实施了转移财产占有的行为，即被害人对财物占有的丧失和转移系行为人窃取行为所致。从刑法的规定看，侵占罪(特别是德日刑法规定的侵占脱离物罪)的本质特征也是转移了财物占有，但是被害人对财物占有的丧失往往不是行为人的原因造成的(在我国，主要是财产占有人的委托或遗忘等)，只有因行为人的行为导致了被害人对财物占有的丧失，进而占有该财产的，才可能成立窃取。(2) 行为人实施的转移财产占有行为是秘密进行的。所谓秘密，是指行为人采取自认为不使他人发觉的方法占有他人财物。秘密首先具有主观性，即行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓，即使客观上财物所有人或占有人事实上知晓，也不影响秘密窃取的成立；同时，秘密具有相对性，也就是说秘密窃取是相对于被害人而言的，被害人对窃取行为不知晓，即使第三人知晓，也不影响秘密窃取的成立；还有，秘密窃取是以行为时为限，即使财产所有人和占有人事后知晓窃取行为，也不影响秘密窃取的成立。

本案中，被告人许霆并不存在秘密窃取银行财产的行为。理由在于：

第一，被告人许霆在ATM机上提款时，用的是真实的借记卡，输入的是真实的密码，许霆的身份是真实公开的，而且，由于其以合法的身份进行交易，从行为客观方面考察，是符合法律规定的，并不能因为银行的多给而改变取款行为的合法性质。

第二，银行对其财产的占有丧失系其自身过错行为导致，并非许霆行为造成的。银行取款交易，无论是柜台交易，还是在ATM机上进行交易，交易行为是由一组对合行为，即由"客户输入指令的行为"和"银行的发款行为"组成，是由不同阶段组成的一个完成过程，具体到本案来说，即需要许霆输入取款指令——银行判断、确认身份——银行发款并脱离对款物的占有——许霆取得款物占有。被告人许霆使用的是真实合法的借记卡和密码进行取款。ATM机由于自身程序错误溢付从而丧失了对该笔款项的占有。从结果看，虽然许霆占有了银行的财产，但是，银行丧失对其财产的占有并非是许霆行为造成的，ATM机程序故障是导致银行丧失对其财产控制支配的直接原因，许霆占有的仅仅是失去银行控制支配的"脱离物"。

第三，许霆获得财物的行为不具有"秘密性"。现代社会，为了交易的方便，银行大量设置ATM取款机，ATM机和银行是一个有机整体，ATM机的意思即为银行的意思。当交易者插入借记卡、输入密码，ATM机通过预先设定的程序，对交易者输入的信息进行甄别，在确认了交易对象许霆的身份后，发出指令，完成交易过程。既然ATM机接受了许霆的申请、确认了许霆的身份，显然，银行对许霆的行为是知晓的。而从ATM机的法律性质来看，其在法律地位上相当于一个电子营业员，ATM机和一个作为自然人的

银行营业员在经营业务上并没有本质的区别①,被告人许霆当着 ATM 机这个“银行职员”的面把多给的钱拿走,显然不是秘密窃取。

以上分析可见,被告人许霆虽然事实上取得了对银行财物的占有,但银行对款项占有的丧失并非是被告人窃取行为所致,而是银行的过错行为引起的,被告人许霆只是占有了丧失了银行控制支配的财产。银行对于许霆的交易行为是知晓的,银行不知晓的是 ATM 机(银行)自身的程序故障。被告人许霆的行为不符合秘密窃取的要件,不成立盗窃罪。

(二)关于许霆的行为是否构成诈骗罪或信用卡诈骗罪

诈骗罪,是指以非法占有为目的,行为人虚构事实、隐瞒真相,骗取公私财物,数额较大的行为。作为诈骗罪的特殊类型之一,信用卡诈骗罪是以非法占有为目的,利用信用卡进行诈骗活动,数额较大的行为。

第一,许霆不构成诈骗罪。诈骗罪的本质特征在于行为人使用虚假的事实、欺骗的行为,使被害人陷入错误认识,从而自愿处分财产。本案中,许霆在取款时,使用的是真实有效的借记卡和密码,并没有使用虚构事实、隐瞒真相的行为。ATM 机之所以出现错误认识,是其自身程序故障所致,并非是被告人许霆的行为造成的。

第二,许霆的行为也不属于利用信用卡恶意透支,不构成信用卡诈骗罪。根据全国人大常委会作出的《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》的规定,“信用卡”是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。从此规定看,信用卡的范围相当广泛,许霆使用的银行卡属于信用卡的范畴。但问题在于,被告人许霆使用的银行卡并不具有透支功能,由于 ATM 机的故障,虽然使其在客观上产生了透支的结果,但并不能因此改变其银行卡本身的法律属性。既然许霆使用的银行卡不具有透支功能,就不能认定被告人行为属于使用信用卡恶意透支,而构成信用卡诈骗罪。

(三)关于许霆的行为是否构成侵占罪

侵占罪是指以非法占有为目的,将代为保管的他人财物,或者合法持有的遗忘物、埋藏物非法据为己有,数额较大,拒不退还的行为。从我国刑法规定的范围类型看,无论是抢劫罪、抢夺罪,还是盗窃罪、诈骗罪,行为人主观上都具有非法占有的目的,这些行为本质上都属于侵占类型的犯罪。刑法根据犯罪行为手段的不同,对侵占行为进行了具体区分,形成了具体类型的犯罪。从我国刑法的规定看,并非一切侵占他人财物的行为都成立侵占罪,侵占罪的对象仅限于行为人自己占有的代为保管的他人财物,或者合法持有的遗忘物、埋藏物。刑法将侵占罪的对象所作的限制,从立法角度看,其

---

① 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载 http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?pkID=16978。

科学性和合理性值得研究，但是从司法和刑法解释的立场看，只能按照刑法的规定定罪量刑。本案中，银行多付款项显然不属于我国刑法规定的侵占罪对象，不能认定被告人构成侵占罪。

三、结论

随着法院判决的作出，本案已尘埃落定，但是，关于本案的讨论并没有结束。“别人的东西即使无人看管也不能拿，不义之财不可取”这是公诉机关在本案指控时的慷慨陈词，也是人类普遍的道德要求。但是，在巨大利益的诱惑下，许霆没有能够坚守住道德底线，出于非法占有为目的，在意识到 ATM 机出现故障后，既没有向公安机关报警，也没有按银行卡上的电话号码联系银行相关部门，而是反复取款 170 余次，累计数额达 17 万余元。在取款后，携款潜逃一年多，其取得的财物挥霍一空，使银行遭受巨大经济损失，许霆的行为严重侵犯了银行的合法财产权益和资金安全，具有严重的社会危害性，这一点不可否认。

但是，行为具有严重社会危害性并不表明行为人必然构成犯罪，罪刑法定是现代刑法的根本原则，行为是否成立犯罪以及成立何种犯罪，必须以刑法的明文规定为前提，从以上分析可见，无论是法院判决其构成盗窃罪，还是理论上认为其成立侵占罪、诈骗罪或信用卡诈骗罪，都没有充分的法律依据，都是十分牵强的。

那么，究竟许霆的行为应当如何定性？笔者认为，应当属于侵占脱离物。许霆在使用自己真实的借记卡，输入真实的密码后，由于银行的过错，导致了溢付，这些溢付款项由于脱离了银行的占有，在法律性质上成为脱离物。为了保护原持有人回复持有物的利益，在德、日和我国台湾地区，侵占脱离物是刑法明确规定的犯罪类型之一。我国《民法通则》第 79 条规定，所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有；拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主。与德、日刑法一样，为了保护原持有人回复持有物之利益，我国刑法也特别设置了侵占罪，但是如前文分析指出，我国刑法规定的侵占罪对象仅限于代为保管的他人财物、他人的遗忘物和埋藏物三种，并不包括脱离物，“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，既然刑法对许霆的行为没有作出明确规定，我们就不能轻易将被告人许霆入罪。至于许霆对银行财产的占有及其造成的巨大损失，只能认定为不当得利，通过民事途径给予解决和救济。

许霆取款案的理论解读

侯国云*

2006年4月21日晚10时,在广东省高级人民法院做保安工作的许霆带着内有170余元的工资卡来到住地附近某银行的ATM机前取款,他只准备取100元,但输入100的数字和密码后取不出钱,连试两次都不成功,他随意在键盘上又敲了一下"0"键,使100变成了1000,这一下ATM机吐出了1000元。他觉得奇怪,检查一下工资卡,发现工资卡账户里只被扣了1元。他再取1000元试试,发现工资卡里还是只扣1元。这时他明白是ATM机的程序出错了。于是,他连续操作,取出5.4万元。回到住处后,他把这事告诉了同事小郭,二人随即再次前往取款。这次许霆又取了12.1万,加上上次取的,许霆共取171次,共17.1万元。小郭取出1.8万元。事后二人各自携款潜逃。许霆在逃走1年后的2007年5月被警方抓获,2007年11月许霆被广州市中级人民法院以盗窃(金融机构)罪判处无期徒刑。该案在社会上引起广泛关注。在刑法学界,就许霆行为的定性也引起激烈争论。许霆上诉后,被广东省高级人民法院发回重审。2008年3月31日广州市中级人民法院经重审后再次以盗窃罪判处许霆5年有期徒刑。之后,广东省高级人民法院的裁定维持了广州市中级人民法院的重审判决。2008年8月20日,最高人民法院核准了广东省高级人民法院的终审裁定。

该案虽然已经尘埃落定,但它在理论上留下的悬念仍然值得久久回味。作为一个标本,该案的定性昭示着刑事政策的定位,也为人们对"应受惩罚性"和"刑罚目的论"的理解留下深深的疑惑。本文以一种探究真理的执著,试就许霆行为的性质以及应否治罪再做理论上的探讨。

一、许霆取款行为的性质

揭示一个行为的性质,或者分析一个行为构不构成犯罪,需要紧紧抓住这个行为的基本特征。众所周知,许霆在取款之前,ATM机的程序就已经出错了,而且他取款时使用的是真实有效的工资卡。凭借这些基本事实,可以发现,许霆的行为具有如下四个基本特征:

---

* 汕头大学教授。

（一）许霆的行为是以 ATM 机出错为前提的

不难看出，是因为有了 ATM 机的错误，才发生了许霆的多取款行为；如果没有 ATM 机出错，就不会有许霆的多取款行为。在这里，ATM 机出错与许霆的行为之间形成一种“有彼即有此，无彼即无此”的逻辑关系。这说明，ATM 机出错是发生许霆行为的充分必要条件，在客观上起着决定性作用。

（二）许霆取款时使用的是真实有效的银行卡

许霆尽管操作了 100 多次，多取了 17 万现金，但他每次取款使用的都是真实的银行卡。使用真实的银行卡，就意味着他向银行承认钱是自己取走的。因为他在取款时，ATM 机会记录下他的银行卡号码。而他在办理银行卡时，已经把自己的姓名、身份证号码及家庭住址等个人信息与银行卡捆绑在一起了，银行通过信用卡号码可以轻而易举地查找到谁是取款人。

（三）许霆能够多取现金，是许霆行为与银行行为互动的结果

显而易见，虽然有 ATM 机的出错，但若没有许霆对 ATM 机发出指令，ATM 机就不会多吐出现金；虽然许霆对 ATM 机发出指令，但若没有 ATM 机的出错，ATM 机同样不会多吐出现金。这说明，许霆之所以能够多取现金，是他对 ATM 机发出指令和 ATM 机输出钱款互动的结果，二者缺一不可。① 这种二行为相互作用的表现形式，可以将其称之为“双向行为”，并可用下方的图 1 来表示：

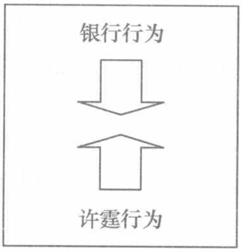


图 1

（四）许霆主观上具有贪占便宜的恶念

许霆发现 ATM 机出错之后，意识到自己可以利用 ATM 机的错误多取现金，在贪欲的刺激下，反复操作 170 余次，累计取款 17 万余元，然后携款潜逃。这足以说明他主观上具有贪占便宜的恶念。

综合上述四个特征，我们可以对许霆的行为从性质上作出如下的界定：即“使用真实的银行卡，利用 ATM 机的错误多取现金，贪占便宜”，简称“恶意取款”。

---

① ATM 机的错误应当视为银行的错误。

二、许霆取款行为可否以盗窃罪论处

把许霆这种恶意取款行为与盗窃行为进行比较,二者之间的区别至少有以下三点:

第一,二者的表现形式不同。许霆的恶意取款行为是双向的,即许霆行为与银行行为的互动;而盗窃行为却是一个单向行为。如果用符号表示的话,许霆的恶意取款行为是两个箭头的上下相对,而盗窃行为却是一个单一的朝外伸展的箭头(如图2)。

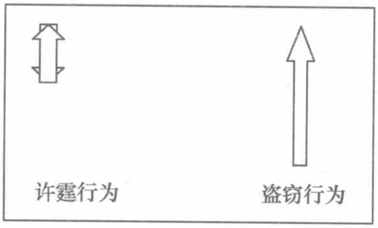


图 2

第二,行为人能否被直接查明不同。许霆因使用了真实的工资卡,因而不需要公安机关采用侦查手段,银行从取款机的记录中就可直接查到许霆的姓名、身份证号码和住址。但盗窃案件中除了有人亲眼看见或当场抓住行为人外,没有任何简单、固定的方法可以直接查明谁是行为人,甚至公安机关采用侦查手段也难以查明。

第三,行为是否有办法被彻底杜绝不同。许霆恶意取款行为是以取款机出错为前提的,因而,只要保证取款机的完好,许霆这种恶意取款行为就可以彻底杜绝,而且保证取款机的完好是很容易办到的事。但盗窃行为却没有办法可以彻底杜绝。道德规范挡不住,民间措施(如加固门窗)挡不住,民法规范挡不住,甚至连刑法规范也挡不住。

以上三点显著的区别,足以说明许霆的行为不是盗窃。但总有人把"门开着"与"取款机出错"相提并论。认为,利用门开着进去偷东西是盗窃,撬坏门锁进去偷东西也是盗窃;利用取款机错误多取钱是盗窃,撬坏取款机取钱也是盗窃。理由是不能允许利用别人的错误盗窃别人的财产。这种观点之所以能够迷惑许多人,原因在于这种观点中有错误的成分,也有正确的成分。其正确的成分是不允许利用别人错误窃取别人财产;其错误的成分是将"不锁门"与"取款机出错"相提并论。要知道,虽然"不锁门"是一个错误,但这种错误与"取款机出错"具有质的区别,二者之间的区别至少有以下几点:其一,"不锁门"对于进门偷东西的人来说,不具有特定的诱导关系,因为未锁门的主人与窃贼之间不存在特定的契约关系;但取款机出错对于取款人来说却有着特定的诱导关系,因为使用银行卡取款的人与取款机(银行)之间有一种特定的契约关系。其二,门开着只是一个静态条件,利用这个条件进去偷东西,仍然是单向行为;但

取款机出错是一个动态行为,利用取款机出错多取钱是两个行为的互动,是双向行为。其三,利用门开着进去偷东西的人是极少数,而发现取款机出错后故意多取钱的人却是大多数(这是经多家媒体调查后得出的共同结论);其四,“门开着”只是窃贼行窃的一个方便条件,不是决定性条件。门开着窃贼可以偷,门锁着窃贼照样可以偷,即锁门挡不住盗窃。但取款机出错却是许霆恶意取款的决定性条件。因为,只有“取款机出错”,许霆的行为才会发生,取款机不出错,许霆的行为就绝对不会发生。可见,“不锁门”和“取款机出错”对后续行为的作用完全不同。因而,利用门开着的机会进去拿东西和利用取款机出错多取钱,是两种性质不同的行为,前者是盗窃,后者不是盗窃。上述错误观点无视二者之间的巨大差别,认为利用门开着窃取是盗窃,利用取款机错误多取钱也是盗窃,甚至把利用取款机出错多取钱与撬坏取款机取钱相提并论,应该说是分析问题的方法出现了失误,值得商榷。

还有人抓住许霆在法庭上承认心里明白“机器知道,人不知道”,即“自以为自己的恶意取款行为不会被银行当场发觉”这种心理状态,说这符合秘密窃取的刑法学定义“采取自以为不会被他人发觉的方法获取他人财物的,是秘密窃取”,以此认为许霆的行为是盗窃。这种观点同样给人以迷惑,似乎具有了“自以为银行不会当场发觉”这种心理状态就一定是盗窃。请问,“恶意取款”难道不需要这种心理状态吗?如果知道银行能够当场发觉,还能恶意取款吗?应该说,正因为明白银行不会当场发觉,才可以利用取款机的错误多取钱款。凭什么说,具有此种主观特征,就一定是秘密窃取,而不是恶意取款呢?更何况,明白“机器知道”,其实就是明白银行知道了。在明白银行知道的情况下利用工资卡多取钱,不属于秘密窃取。

另有人认为,许霆的行为符合盗窃罪中“秘密”窃取的特征。理由是:“虽然许霆是利用真实的银行卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份(身份的公开),可事实是许霆实施恶意取款行为时银行并不知晓情况。”①稍加分析即可发现,这个理由是绝对讲不通的。众所周知,在ATM机上取款,任何人包括银行的人都不许靠近,换言之,任何人在ATM机上取款银行都不可能即时知晓,这才是最基本的事实。照上述见解推论,在ATM机上取款的人岂不都是秘密窃取了?不能忘了最基本的事实:银行对ATM机的设计原理就是不让包括银行工作人员在内的任何人看到取款人的取款过程。银行也不需要在取款人取款时知晓取款情况,因为银行是靠电脑程序在背后了解取款情况的。在电脑程序里,任何人的取款情况都逃不了银行的眼睛。正是因为如此,银行不需要在取款人取款时在ATM机前盯着;也正是因为如此,任何人只要使用真实的银行卡取款,就等于向银行公开了身份,就没有秘密可言。上述见解一方面既承认许霆是利用真实的银行卡取款,也承认银行能够根据账户

① 赵秉志:《许霆案件尘埃落定后的法理思考》,载《法制日报》2008年6月1日第12版。

信息追查到许霆的真实身份,却不承认许霆是公开取款,认为是秘密窃取,显然是自相矛盾的。另一方面,按照制度和程序的设计,银行从来而且永远都不会在取款人取款时当面监督取款情况,因而不可能即时知晓取款情况,上述见解却以此为由认为许霆的行为是秘密窃取,更是讲不通的。如此一来,可真成了“欲加之罪,何患无辞”了。

三、许霆取款行为可否以侵占、诈骗等犯罪论处

学术界也有人认为应对许霆以侵占罪或诈骗罪论处,但这些见解同样值得商榷。

(一)许霆的行为不构成侵占罪

按照《刑法》第270条的规定,侵占罪的对象只能是代为他人保管的财物、遗忘物或者埋藏物。ATM机里的现金是银行有意放进去的,当然不是遗忘物;没有埋在地下,自然也不是埋藏物;ATM机里的现金包括ATM机都由银行自己管理,用不着也不可能委托他人代为保管。可见,ATM机里的现金既不是委托他人保管的财物,也不是遗忘物、埋藏物,因而不可能成为侵占罪的对象。既然不是侵占罪的对象,许霆的行为自然不能构成侵占罪。但有人认为,ATM机出错,银行就不能有效掌控里面存放的现金了,这相当于银行把这些现金给遗忘了。也有人认为,由于ATM机出错才多输出现金,这些多输出的现金,应当视为是银行委托许霆代为保管的,许霆不予归还,就构成侵占。显而易见,这两种说法都过于牵强。要知道,不能掌控和遗忘是两个不同的概念,具有不同的含义。虽然由于ATM机的出错,银行暂时不能掌控存放在ATM机里的现金,但这并不等于银行遗忘了这部分现金,因而不能将其视为银行的遗忘物。另外,委托他人保管财物是一种故意行为,并需要履行相应的手续。ATM机由于出错多输出现金,对于银行来说属于意外事件,这与委托他人代为保管财物毫无共同之处。因而,将ATM机因程序出错多输出的现金视为银行委托许霆保管的财物,没有道理。另有人认为,“财物从ATM机上自动弹出,从类形上看与财物掉到大街上无区别”,进而认为,“当ATM机因故障而自动弹出财物时,某人拿走这些财物在行为类型上与拾得他人遗失物同一,拒不交出应构成侵占罪”。[①] 这一见解,至少存在以下几个问题值得商榷:(1)如果钱款真是在ATM机无人操作的情况下自动弹出的,当然可以视同掉到大街上的遗失物。但问题是许霆多取出的款项并非ATM机自动弹出,而是通过许霆合法的操作行为才弹出的。所以,不能将许霆多取的款项视为银行的遗失物。(2)如果硬要把许霆利用ATM机错误多取的款项视为银行的遗失物的话,那也只能将许霆前两次多取的款项视为银行的遗失物,从第三次之后,许霆都是在明知ATM机出错的情况下故意利用ATM机的错误多取款项,这怎么能算是银行遗失物呢?(3)退一步讲,就算

① 董玉庭:《ATM机上非正常取款行为的刑法学分析》,载《人民检察》2008年第8期(引言在该文的最后一段)。

许霆多取的款项是遗失物,但拾得遗失物通常被认为是不当得利。(4)再退一步讲,就算许霆多取的款项可视为遗失物,可以成为侵占罪的对象,但侵占罪以不归还为构成要素。许霆早在公安机关拘捕他之前,就在与银行的电话中表示愿意退还,银行不接受退还,非要通过公安解决不可。这怎么能说是许霆不愿退还?又怎么能以侵占罪论处呢?总之,许霆多取出的现金不属于侵占罪的对象,许霆的行为不能被侵占行为所包容,对许霆不能以侵占罪论处。

(二)许霆的行为不构成诈骗罪

诈骗,是指用虚构事实、隐瞒真相的方法蒙骗财物持有人,使得财物持有人在认识上发生错误,从而主动将财物交给行为人。许霆使用ATM机取款时,使用的是自己真实有效的工资卡,没有虚构任何事实,也没有隐瞒自己的身份,说他的行为属于诈骗,显然不妥。但有人认为,许霆之所以能从ATM机中多取出现金,是许霆的行为与ATM机错误输出二者互动的结果,而诈骗犯罪之所以能够得逞,也是由于骗子的行为与被骗人错误交出财物互动的结果。因而对许霆的行为应当以诈骗罪论处。笔者认为,这种见解仍然是错误的。因为这种见解只注意了许霆的行为与诈骗行为的相似之处,却忽略了二者之间的一个本质性区别。虽然许霆取款和诈骗犯罪都是由于对方的错误才能最终取得财物,或者说都是由于双方行为互动的结果,但在诈骗犯罪中,财物持有人主观上发生的认识错误,是诈骗人用虚构事实、隐瞒真相的方法造成的;而在许霆的取款行为中,ATM机的错误是自行产生的,不是许霆造成的。这是一个根本性区别,本质性区别。说到底还是因为,诈骗犯罪是采用虚构事实、隐瞒真相的方法取得财物,但许霆没有采用虚构事实、隐瞒真相的方法。因而,诈骗行为中无法包容许霆的行为,不能对许霆的行为以诈骗罪论处。

许霆的行为既然不是诈骗,自然也不会是信用卡诈骗,因为二者在本质上都是虚构事实,隐瞒真相。但由于《刑法》第196条将“恶意透支”规定为信用卡诈骗的方式之一,又由于有人认为许霆的行为可以解释为恶意透支,因而便主张对许霆的行为以信用卡诈骗罪论处。那么,许霆的行为到底构不构成信用卡诈骗罪,就需要先分析一下他的行为是不是恶意透支了。按照通说的解释,恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。拿许霆的行为与恶意透支相比较,可以发现,二者有两个显著的区别:一是愿否归还不同。许霆是愿意归还①,恶意透支是不愿意归还;二是前提不同,许霆的行为必须以ATM机出错为前提,但恶意透支不需要以此为前提。换句话说,在ATM机不出错的时候,恶意透支照样发生,许霆的行为却不会发生。一个会发生,一个不会发生;一个愿归还,一个不愿归还,这是一种对立的关系,是一种本质性区别。有此本质性区别,显

① 据媒体报道,许霆在被拘之前,曾在电话上向银行表示归还多取的现金,但银行不同意。

然不应把许霆的行为与恶意透支相提并论。简单说,许霆的行为不属于恶意透支,不能构成信用卡诈骗罪。

四、为什么不应对许霆的行为治罪

许霆多取款的行为,不是盗窃,不是侵占,也不是诈骗,从本质上看就是恶意取款。这种行为主观上有一定的恶意,客观上应该说也有一定的社会危害性。但并非主观上有恶意、客观上有危害性的行为就一定应以犯罪论处。

(一)依照罪刑法定理论,对许霆的行为不应以犯罪论处

前文我们经过分析得出一个结论:许霆的多取款行为是利用 ATM 机的错误使用真实的银行卡恶意取款。恶意取款,是在现代高科技条件下,随着自动取款机的广泛应用和偶然的程序错误而出现的一种全新的行为,这种行为过去不但未曾发生过,而且连银行系统的工作人员也未曾想到过,更不可能被立法者关注过。因而,它毫无疑问是一种法无明文规定的行为。既然是法无明文规定,那么依照罪刑法定原则,当然不能以犯罪论处。需要强调的是,在罪刑法定原则下,不允许采用类推的方法定罪判刑。然而近些年来,不论在刑法学界还是在司法部门,变相类推的思维方法一直存在。所谓变相类推,就是先把某种法无明文规定的行为类推为法有明文规定的行为,然后依照法律的明文规定对该行为定罪判刑。比如,2002 年发生的刘海洋伤熊案,法院就是用变相类推的方法对刘海洋定故意毁坏财物罪的。有人不承认这是变相类推,但我们可以问一句:假如我国刑法中规定有故意伤害动物罪,请问对刘海洋的伤熊行为还定不定故意毁坏财物罪?这个问题笔者相信就是办案的法官也不能不作出否定的回答。因为这种情况下再定毁坏财物罪就贻笑大方了。你看,刑法中有故意伤害动物罪,就定故意伤害动物罪;刑法中没有故意伤害动物罪,就定故意毁坏财物罪。请问这不是类推是什么?对于许霆取款案,由于刑法中未就"利用 ATM 机的错误多取现金"作出犯罪性规定,有人就主张对许霆定盗窃罪、侵占罪或者信用卡诈骗罪。这些人显然是以类推的思维方法分析案情的。他们不是首先分析许霆的行为有什么特殊之处,刑法中有没有规定,而是首先认定许霆的行为构成了某种罪。在认定许霆行为构成某种罪的时候,只是凭借许霆行为与某种罪的相似之处,就加以认定。这种仅凭相似之处就加以认定的方法,实际上就是一种变相的类推方法。这种变相类推与正规类推的不同之处仅仅在于,变相类推不另取新的罪名,正规类推则要另取一个新的罪名。它们的本质都是把法无明文规定的行为以犯罪论处,从根本上否定罪刑法定原则。

刑法中没有规定恶意取款罪,因而不应对许霆的行为以犯罪论处。那么,应否在刑法中增加规定这种犯罪呢?有学者提出过这种建议,但笔者的回答是否定的。原因仍然在于,这种行为是银行的业务行为引起的,又是银行的业务行为能够防控的,不会在社会上蔓延。因而不需要刑法将其规定为犯罪。

(二)依照刑法谦抑理论,不应对许霆治罪

日本学者平野龙一认为,“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法,可能的话,采取其他社会统治的手段才是理想的,可以说,只有其他社会统治手段不充分,或者其他社会统治手段(如私刑)过于强烈,有代之以刑罚的必要时,才可以动用刑法。这叫刑法的补充性或谦抑性”。① 我国台湾学者林山田也说过,“刑罚之界限应该是内缩的,而不是外张的;而刑罚是国家为达其保护法益和维持法秩序的任务时的最后手段。能够不使用刑法,而以其他手段亦能达到维持社会共同生活秩序及保护社会与个人法益之目的时,则务必放弃刑罚手段。”②这就是刑法学界早已熟知的刑法谦抑理论。按照这一理论,只有不动用刑法就防控不了的行为,才动用刑法进行防控。如果用其他方法能够遏止某种危害行为的发生,就不应适用刑法。我们把盗窃行为与许霆利用 ATM 机的错误多取现金这种行为比较一下就可发现,盗窃行为,用道德规范防止不了,用加固门窗的民间措施防止不了,用民法规范也防止不了,甚至用刑法规范都杜绝不了。但许霆这种行为,用不着刑法,也用不着民法,仅仅用民间措施(修缮 ATM 机)就可以彻底防控,彻底杜绝了(如图 3 所示)。既然用民间措施,即维修好 ATM 机就可以杜绝的行为,为什么还要动用刑法呢?毫无疑问,动用刑法来防止许霆这样的行为,是对刑法的滥用。

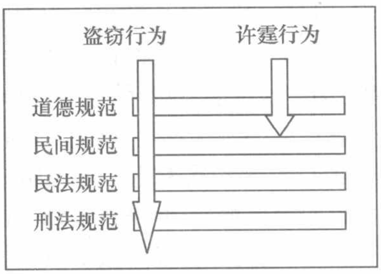


图 3

银行属于企业单位,对 ATM 机进行维护是此类企业内部的业务行为。这种企业内部的业务行为不需要任何外部力量,也不需要国家力量予以督促,企业自身会把它安排好。如果企业内部的管理人员疏于管理或者是企业内部的业务人员不尽职守,不及时对 ATM 机进行维护,导致 ATM 机里的现金被他人用正当的方法取走,应当追究企业内部相关责任人玩忽职守的责任,而不应该追究取款人的责任。在银行系统疏于管理导致 ATM 机出错的情况下,对利用 ATM 机的错误多取现金的人以犯罪论处,表现出来的逻辑关系是:即使银行知道 ATM 出错了,也用不着安排人员进行修理。因为任何

① 平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁 1972 年版,第 47 页。
② 林山田:《刑法学》,台北商务印书馆 1986 年版,第 128 页。

人不能利用ATM机的错误多取现金,否则就要以犯罪论处。换言之,有刑法为出错的ATM机起保护作用,有国家作出错的ATM机的坚强后盾,谁也不能、谁也不敢利用ATM机的错误多取现金。既然如此,也就不必修理ATM机了,银行系统就可以任其出错而不必担心了。这里表现出的社会关系是:刑法替代企业担当起维护ATM机的职责。显而易见,刑法管得太宽了,也把自己的作用降低了,严重违背了刑法谦抑理论。一个基本的道理应当明确:在任何社会里,个人能解决的问题,不应让单位解决;单位能解决的问题,不应让国家解决。防止人们利用ATM机的错误多取现金这样的事情,企业自己能够解决,而且解决起来十分方便,修理一下取款机就行了,因而不应让国家出面解决。由国家运用刑法来解决,成本就太大了,完全属于对刑法资源的浪费。

(三)依照刑罚目的理论,不应对许霆治罪

大家都知道刑罚的目的是为了预防犯罪,预防犯罪分为特殊预防和一般预防。特殊预防就是通过对行为人实施惩罚防止他本人再次实施某种危害行为;一般预防就是通过对行为人实施惩罚,警告社会上的人不要实施某种危害行为。不论特殊预防还是一般预防,都是通过对行为人实行惩罚加以完成的。如果不对行为人进行惩罚,行为人本人和社会上的人都不会再实施此种行为,那就没有必要再对行为人实行惩罚。如果坚持惩罚,那就背离了刑罚的目的,就不是为了预防犯罪而惩罚,而是为了惩罚而惩罚了。我们都知道,许霆的取款行为是建立在ATM机出错的基础之上的,如果ATM机不再出错就不会再发生这种行为。这说明,只要修好了ATM机,即使不给许霆任何惩罚,也可以有效地防控类似许霆行为的再次发生;反之,如果不修理ATM机,即使给许霆最重的惩罚,也无法防控这种行为的再次发生。这说明,防控许霆取款行为的再次发生,关键不在于给不给许霆以犯罪性惩罚,而是在于修不修理ATM机。而修理ATM机是企业的业务行为,不用任何机关督促,企业都会认真负责的。应当说,过去银行系统也没有想到ATM机会出现这种错误。现在发生了这样的错误,银行系统自然会吸取教训,今后必然会对ATM机进行定期检测和维护,这样,类似许霆的行为就不可能再次发生。即使再次发生,也仍然是以ATM机出错为前提,仍然是偶然事件。只要银行系统履行职责,保证ATM机不出问题,许霆的行为就不会发生。因此,完全没有必要对许霆这样的行为治罪。

最后还想强调的一点是,我们分析一个行为构不构成犯罪,应不应当动用刑法,应该用全面、综合、辩证的观点看问题。还应该站得高一点——要站在国家的高度来看问题。站在国家这个高度上,居高临下地看待许霆这个案件,你会发现,给不给许霆刑事惩罚,社会效果是一样的。给他惩罚,如果银行系统不维护ATM机,类似的行为照样会发生;不给他惩罚,只要银行系统维护好ATM机,类似的行为就不会发生。在此种情况下,作为国家,就不应该给许霆以惩罚。因为这种惩罚,不但没有积极的意义,反而

会给社会带来新的不必要的伤害。

令人不解的是,主张对许霆行为治罪的也有刑法学界的人士。对于一个依靠完善民间措施就可以彻底杜绝的行为,刑法学界的个别人士竟然套用刑法理论套出一个盗窃罪来,这就不能不让人疑惑:要么是刑法理论出了问题,要么是分析问题的方法出了问题。

“许霆案”的行为性质认定和法理思考

杨兴培*

近一段时间，涉及刑法的热点问题层出不穷。在广州打工的山西青年许霆利用ATM机发生故障后“疯狂取钱”能否构成犯罪的争论成为社会焦点就是其中典型一例。热点问题之所以“热”，因为它容易激发起社会民众对它的极大关注，一时间道里坊间、街头巷尾，议论如潮；各种新闻媒体对此也是竞相报道，评析如潮；对广州市中级人民法院作出的有罪认定和无期徒刑的判决，社会公众更是纷纷不解，质疑如潮。这无疑对我们今天的司法活动形成一定的影响，广东省高级人民法院以“事实不清”为由将此案发回原审法院要求进行重审本身就是一个佐证。然而热潮终究要消退。热潮消退后留下的仍然是一片沙滩，现实依旧呢？还是在冲垮的废墟上意欲通过清理地基重建理想大厦？抑或仅仅在远处烘托出一片海市蜃楼，前景美丽而又远离脚下？人们值得期待，值得观察，值得思考。作为个体的热点问题会很快被人遗忘，但是由个体问题引起的整体困惑却不应该被人遗忘，学者们更应该走进历史、走进现实、走进制度的深处，对技术方法、司法观念和制度设计作多方位的反思、探索，并尽可能地去解惑。

一、对本案刑法规范的技术分析

（一）案情回放

2006年4月21日晚10时，在广州天河区黄埔大道某商业银行的ATM机取款的许霆发现，在他取出1 000元后，银行卡账户里却只被扣了1元。于是许霆先后以同样手法在这台ATM机上连续取款171笔，合计17.5万元，然后携款逃离广州。据称期间许霆曾承诺愿意归还所取钱款以显悔改，但未得到银行方面的允许和原谅。一年后，许霆被抓获归案。先是由广州市中级人民法院以盗窃罪判处其无期徒刑，后来广东省高级人民法院以事实不清为由发回原审法院要求进行重审。本案经过重审，原审法院还是以盗窃罪判处许霆5年有期徒刑。广州市中级人民法院的重审判决得到了广东省高级人民法院的终审裁定维持。而2008年8月20日，最高人民法院也核准了广东省高级人民法院的终审裁定。

* 华东政法大学法律学院教授，博士生导师。

（二）本案的分歧意见与问题的焦点所在

许霆案在互联网上披露公开以后，引起了人们的广泛议论，各种意见纷至沓来。

第一种观点认为，本案应以盗窃罪论处，其理由是行为人明知 ATM 机已经发生故障，而设置机器的银行并没有及时发现，许霆乘其发生故障，在不为银行知晓的情况下，频繁反复地取钱，不仅其主观上已具有了非法占有的目的，而且其客观的行为特征也已符合了盗窃罪的非法和秘密窃取的构成要件，因此理当以盗窃罪论处。这种观点特别强调在本案中许霆的第一次行为与后续的行为之间有着本质的区别，构成犯罪主要是指后续的取钱行为。同时 ATM 机相当于银行等金融机构，因此根据《刑法》第 264 条的规定，广州市中级人民法院判处许霆无期徒刑合理合法，并无不当。

第二种观点认为，本案应当构成信用卡诈骗罪。虽然在客观上许霆使用的是自己的银行卡，从自己的银行账户里取钱。但根据实际情况，他自己的账户里没有那么多钱，就不应当取那么多钱，银行也不可能让他取那么多钱。然而他确实又明知故取超出自己账户余额的钱款，这种行为在金融领域里属于透支或者说恶意透支。这种行为在法律上有明文规定，可以认定为信用卡诈骗。虽说许霆使用的可能不是信用卡，而是一般的银行卡。但这并不妨害其行为已经构成信用卡诈骗罪。

第三种观点认为，本案应当属于侵占罪，这种观点认为，如果 ATM 机中的钱款吐出来后，许霆并不拿走多给的钱款，那么许霆肯定不构成犯罪。但事实是，许霆是以占有为目的而取走了 ATM 机中多吐出来的钱款，这实际上就是将他人因过错而暂时交由其保管的钱款或者吐错钱款而又没有及时收回的遗忘物占为己有的行为，这符合侵占罪的构成要件。当然是否构成侵占罪，还要看许霆是否应银行的要求归还占有物。如果归还了，就不构成侵占罪，如果不归还，就是侵占罪。所以保守地说，许霆最多构成侵占罪。

第四种观点认为，本案应当以民法上的不当得利来认定。因为从事件形成的原因上来看，许霆的行为起因是 ATM 机出现故障，责任无疑在银行，而不在许霆。许霆并不是以故意破坏 ATM 机的手段而获取非法利益的，而是利用银行本身的过错顺便获得非法利益的。但这一钱款本非为许霆所有，许霆也无获取这一钱款的合法根据。因而属于民法上的不当得利，许霆应当及时归还失款银行。

（三）对本案的技术分析和法理评析

本案能否构成犯罪？构成何罪？这其实是一个刑法规范的技术运用问题。如果许霆的行为能够符合刑法上某一犯罪构成的规范设定，那许霆的行为就有可能成立犯罪。符合何种犯罪构成，就成立什么犯罪。上述认为许霆的行为已经构成犯罪的各种观点也是从这里出发并以此作为归宿点的，并且所涉及的罪名都是与财产犯罪有关，他们有一个共同的理由，即许霆在主观上具有非法占有的目的，在客观上实施了非法的占有行为。但是这些观点却忽视了这个非法的“法”的真正含义是什么？实际上这

个“法”应当是指民法和其他一些刑法的前置性法律，脱离了民法和这些前置性法律的规定，我们无法判断本案许霆的行为能否构成犯罪。而刑法中所有的财产性犯罪都是以民法的所有权制度规定作为立法基础的，本案能否构成犯罪，我们应当从民法的层面先加以分析，只有当这种行为已经违反并超越了民法的范围，才有可能进入到刑法的领域。司法实践中对这一案件进行定性时，思维的逻辑起点应该放在这里。

财产性的犯罪，无疑是以他人的财物为犯罪对象。在广泛热烈的讨论中，认为构成盗窃罪所涉及本案的犯罪对象时，至多讨论到 ATM 机的钱款是否属于金融机构的钱款。其实这不是问题。ATM 机的钱款当然属于金融机构的钱款，正像抢劫旅途中押运车上的钱款当然等于抢劫金融机构的钱款一样。ATM 机虽然发生故障，但是从法理上来说，ATM 机依然为设置银行所有，机器内的钱款仍然属于设置银行所有，仍然为银行所控制。因为 ATM 机内的钱款本身也是来源于设置银行，其财产的所有权当然属于该金融机构。同时 ATM 机为金融机构所有和管理，其本身当然就是金融机构的一部分。如果许霆的行为能构成盗窃罪，那么认定其行为属于盗窃金融机构的钱款也就没有什么问题。然而问题恰恰在于许霆的行为能否认定为盗窃并不仅仅取决于这一钱款是否属于银行，这里犯罪对象的法律属性也并不仅仅在于是不是财物。从法律上说，更在于在怎样的情况下发生财产转移的？因为就财物的客观存在价值与客观存在形式而言，他人的财物与自己的财物在存在形式上和存在价值上具有同一性，两者的区别主要在于它们之间的权属和归属问题，财产性犯罪都是以他人的财物为犯罪对象并加以非法转移、占有的。所以在本案中弄清楚 ATM 机的存在形式与法律属性，弄清楚 ATM 机已经吐出的钱款是否还属于银行实际占有、控制？弄清楚 ATM 机的钱款怎样转移到他人手中并为他人所占有？对于我们分析本案具有至关重要的意义。

ATM 是英文字母 Automatic Teller Machine 的缩写。它是银行运用高端科学技术进行自助交易的终端形式，它表明并意味着通过 ATM 机进行交易的行为一经结束，就某一个交易行为而言就已经具有了法律意义上的终端完成形式。在目前银行运用 ATM 机交易的过程中，ATM 机扮演着多种角色，具有多种不同的功能。大体而言，一是为银行发放的各种借记卡提供现金交易或者担当存取现金的功能；二是为银行发放的信用卡承担透支功能；三是作为自动收款机为一定机构代收各种公共费用。在第一种场合，ATM 机实际上是银行柜台营业的延伸，担当着银行柜台业务交易的职能；在第二种场合，ATM 机实际上是代表银行与他人完成一种贷款业务，担当着签订、履行贷款合同的职能；在第三种场合，ATM 机实际上是一种中介人，担当着中介机构为他人代收约定的公共费用的职能。从本案的发生过程来看，许霆的银行卡当属于借记卡，许霆前往 ATM 机取钱相当于其本人前往银行柜台上取钱，两者虽有形式上的不同，但在法律属性的本质上则完全一样。

那么许霆的行为能否构成犯罪？“白马非马”的理论告诉我们，犯罪只有具体的犯

罪。前面三种认为有罪的观点在分析评价许霆的行为构成某种具体犯罪时，均会遇到刑法规范技术运用上的障碍。在此我们有必要逐项加以分析评论。

1. 本案能否构成盗窃罪？

应当以盗窃罪认定是一种较为主流的观点。刑法上的盗窃罪，是指行为人以非法占有为目的，采取自以为不为他人所知的方法，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次窃取公私财物的行为。根据刑法的一般理论，盗窃罪的行为人在主观方面必须具有非法占有的心理目的，在客观方面表现为采取自以为不为他人所知的方法秘密窃取他人财物的行为。“所谓秘密窃取”，是指行为人主观上自认为采用的是不使被害人知觉、发觉的方法取得并且占有他人公私财物的行为。盗窃罪的对象必须是为他人占有、管理或者控制的动产性财物。占有一种实际上处于无人管理或者控制的财物或者非法占有自己已经实际控制的他人财物都不可能成立刑法意义上的盗窃罪。在犯罪构成要件中，由于行为人的主观目的属于内在的心理活动，行为人在客观方面的行为表现是我们认定行为人是否构成犯罪的主要依据。所以在盗窃的犯罪构成要件中，行为人非法占有的主观罪过也只能通过行为人客观的非法占有行为来获得印证。因此我们在分析评价许霆的行为能否构成盗窃犯罪时，关键在于考察分析其行为在客观上是否具有“非法”占有的行为特征。

在本案中，许霆拿着银行借记卡前往 ATM 机取钱，与其本人拿着银行存折前往银行柜台取钱完全一样，这是一种公开而且合法、为银行所允许和欢迎的交易行为。许霆将银行卡插入 ATM 机，输入客户密码，就已经将 ATM 机激活，拟人化的 ATM 机就可以开始代表银行与许霆进行各种金融交易活动。ATM 机被激活或之前，它不具有代表银行进行金融交易的功能，因此擅自进入 ATM 机窃取钱款，构成盗窃没有任何法律上的障碍。而 ATM 机被激活后，许霆发出取款指令，实际上就开始与银行进行金融交易。许霆根据自己银行卡上记载的钱款数额，通过输入密码，发出提取相应金额指令，就等于在银行营业柜台上与营业员进行面对面的交易一样，一切都是为银行所允许的，一切又是公开的，也为银行所知晓的。ATM 机因发生故障多吐出钱款，就像银行柜台营业员发生差错，多付给客户钱款一样。许霆的银行卡属于借记卡，借记卡是不允许透支的，所以许霆只能提取其借记卡上载明的钱款。在他取出 1 000 元后，银行卡账户应当被及时记载并作相应的扣除。由于 ATM 机发生故障，对许霆的账户未作及时扣除，许霆根据卡上的记载，继续提款取钱，这在形式上是被允许的，这是他的权利。许霆取款后，银行没有及时扣除已提取的数额，这是银行的过错。许霆没有纠正他人过错的法律义务（道德义务不在本文的评论之内）。发现 ATM 机发生故障，立即告知银行，这是公民应有的道德，也是人间美德，甚至是贤圣之德。但道德的评价不能等同于法律的评价，许霆行为的道德评价对于本案法律责任的认定没有多大意义，刑法关注的是人们的底线行为。

当然本案的争论焦点主要集中在许霆在ATM机发生故障以后继续取钱的后续行为上。认为构成盗窃罪观点的理由也在于此。这种观点特别强调在本案中许霆的第一次行为与后续行为之间有着本质的区别,构成犯罪主要是指后续的取钱行为。但是区别在哪里呢?许霆的行为形式没变,只是其主观心理发生了变化。因为其主观心理发生了变化,因此其行为性质也就发生了变化。肯定有罪者的观点、理由无非如此而已。但是我们这里需要提问的是,许霆的取钱行为是非法的吗?我们在这里做一个假设:如果许霆发现第一次取钱后卡上记载未作及时扣除,而其所取钱款的数额又是较大的,许霆及时抽出银行卡再去其他ATM机上取钱,甚至多次,而其他ATM机再作真实的记载和扣除。此时许霆的心理活动内容无非是要多占有这笔数额较大的钱款,此时我们不知是否该认定那一笔钱款属于非法的?从民法的层面分析,我们只能认定取得第一笔钱款属于不当得利行为。第二次行为由于在客观上是合法的,不管许霆内心如何思想,都无论如何不能进入到刑法的评价领域。由此我们只能无奈的认为,行为的合法与否,在法治的层面上,我们只能以行为的形式是否符合法律的规定为评价标准,舍此就很难说是法治意义上的标准。由于ATM机的过错,许霆的银行卡上始终没有记载其已提取的钱款,使得许霆根据卡上的记载,始终有权继续提款取钱。而每一次的提款取钱行为在形式上都是一样的,都是通过拟人化的ATM机的同意和自己吐钱出来后作为终端完成的,因此也当然都是合法的。从法理和高科技意义上说,被激活的ATM机的各种记载活动,例如扣款、吐款、登折、吃卡等均属于银行的意思表示,属于银行的行为,一旦发生差错,都应当由银行承担责任。取款人对ATM机进行正常操作,比如输入取款指令,应认定为银行收到取款人的意思表示。取款人在ATM机上输入取款要求后,无法认定银行是否知悉情况。如果余额不够,ATM机就应当拒绝支付。同时,ATM机吐款也无法认定不是银行的意思。除非银行专门设立"银行柜台的付款行为才是银行付款行为"的条款。有人已经提问,为什么第一次取款中ATM机吐款行为代表银行,而从第二次就不再代表银行?进而我们又问,根据前设假想,为什么其他ATM机可以代表银行,而这台ATM机就不能代表银行?因而许霆的取钱行为变成不为银行知晓了呢?脱离了法律这一规范标准,一张嘴巴两层皮,公说公理,婆说婆理,就看谁说了算?这叫依法办事吗?因此要认定许霆的行为构成盗窃罪,在刑法规范的技术运用上具有无法克服的障碍。

也有人提出,ATM机发生故障,就等于自然人发生精神病一样,就等于已经丧失了自由意志,此时有人向这一精神病人索要钱财,而这一精神病人随手相送,不也可以认定为盗窃罪吗?笔者认为这一比喻并不恰当,因为精神病人脱离了监护人的监护,就成为无意志的人,乘人无意志之时取其钱财倒还可以构成犯罪。但如果是精神病人自己将钱财扔与道路之侧,它人随手捡得,恐怕还是不能认定为盗窃罪的。而ATM机发生故障,ATM机不但仍然处在其管理机关的控制之下,同时也处在其自身的控制之下。

所以他人不将银行卡插入ATM机,不输入客户密码,不将ATM机激活,拟人化的ATM机不会与他人随意进行各种金融交易活动。而这激活后的ATM机意味着其仍然有其“自己的意志”,不然就意味着不将银行卡插入ATM机,不输入客户密码,不将ATM机激活,也可以随时与人交易。此时的ATM机才属于真正的“精神病人”,如果此时有人随意向其取钱,才有可能真正构成盗窃罪呢。同时ATM机一旦发生故障,只有其管理机关才有义务关闭机器,不然只要ATM机设置在大街旁,没有表明其已经发生故障,从法律的意义上说,它依然在代表银行可以与人进行各种交易。正像在银行的柜台交易的过程中,银行工作人员身体不适或者犯“精神病”,而银行没有发现或者没有将其调离岗位,那么在他与顾客进行的柜台交易过程中发生差错,其责任依然在银行而不在顾客(顾客具有的道德责任在这不作赘述)一样。

2. 本案能否构成诈骗罪?

刑法上的诈骗罪是指行为人以非法占有为目的,用虚构事实或隐瞒真相的方法骗取他人数额较大的公私财物的行为,即采用欺骗的方法使他人受骗上当,信以为真并自愿交付本属于自己占有、控制或持有的财物。诈骗罪在客观方面具有一个最明显的特征,即行为人采取虚构事实,隐瞒真相,让人自愿交出财物,骗取本不属于行为人占有、控制或持有的财物。在本案中,许霆是持卡提款取钱,银行卡上的记载就是许霆提取钱款的依据和理由。许霆拿着银行卡插入ATM机,就等于进入银行一样。而许霆通过输入密码,实现人机对话,并根据卡上记载的数额提取相应的金额,就等于在柜台跟营业员进行交易一样。许霆输入取款指令,应可认定为银行当即收到取款人的意思表示。这一切都是真实的,拟人化的ATM机没有被骗。ATM机根据许霆的指令,将许霆设定的钱款交给许霆,也没有上当受骗的成分。许霆根据银行卡上的真实记载,提取相应的钱款也是合理合法的,问题是ATM机没有及时扣除已被提取的数额,这是ATM机的过错,不是许霆的过错。也许这里许霆有欺ATM机的行为,但没有骗ATM机的行为。而诈骗罪的核心行为是“骗”,正因为如此,在这个案件中,许霆从来没有虚构实事、隐瞒真相欺骗ATM机,也没有错误引导ATM机。他是拿着银行发放的银行卡和ATM机发生交易,这种交易手段完全是真实的,都是合法的。银行既然设立了拟人化的ATM机和客户发生交易,那么ATM机就可以看作是一个银行的工作人员,它在没有被错误引导的、没有被欺骗的情况下和他人之间进行的金融交易当然就是有效的。即使发生争议,也只能通过民事法律加以解决。因此不论许霆提取钱款的数额多少,是否达到数额较大的程度,许霆的行为均不构成诈骗罪。

3. 本案能否构成侵占罪?

刑法上的侵占罪是指行为人以非法占有为目的,将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大拒不退还或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大拒不交出的行为。侵占罪的成立,其犯罪对象的性质和范围,刑法有明确的规定。本案如果

能成立侵占罪,主要的焦点在于 ATM 机错吐出来的钱款是否属于行为人代为保管的他人财物或者是他人的遗忘物?在司法实践中,经常会发生将一些不当得利的案件误认为侵占犯罪案件加以入罪,其中的一个很大的盲点在于有些人往往只看到二者之间在客观方面均表现为有占有他人财物的行为,而没有注意到二者之间存在着明显区别。这一区别的关键在于这里财物是否属于代为保管的他人财物和是否属于他人的遗忘物。

保管是民事法律上的一种法律行为,是否属于保管行为是以是否具有保管合同为依据的。这里的保管合同不管是书面的还是口头的在所不论,但合同的前提性条件具有举足轻重的意义。合同又是双方的意思合意,没有合同就不能成立保管关系,没有保管关系就不能成立代人保管的保管物;不属于保管物,就不能成立有关涉及代为保管物的侵占罪。在本案中由于 ATM 机将钱款吐出以后,即完成了银行交易行为的终端形式,从法律意义上说已经放弃或者转移了对钱款的占有和控制,我们看不到银行基于自己的真实意愿而与行为人建立所谓的保管关系。侵占罪的本质在于侵害他人对保管人的信任委托,即委托人出于对受托人的信任而将财物交由受托人代为保管。在本案中,由于 ATM 机发生故障,没有及时扣除已经提取的钱款,继续吐钱出来,这里不存在双方已经形成保管的合意,因而不能成立法律意义上的保管关系。“皮之不存,毛将焉附”,因此也就当然不能构成侵占罪。也是基于同样的原理,ATM 机将钱款吐出以后,即完成了银行交易行为的终端形式,从法律意义上说已经放弃或者转移了对钱款的占有和控制,所以钱款也谈不上是 ATM 机的遗忘物。不属于遗忘物,就不具有侵占罪的犯罪对象性质;不具有犯罪对象的性质,有何可能构成侵占罪?

4. 本案的应有结论:应当以不当得利认定

由此可见,许霆的行为并没有超出民法的调整范围,我们没有必要通过刑法加以评价,以至于需要运用刑罚来加以惩罚。许霆的行为完全符合不当得利的构成要件,应纳入民法的调整范围。我国《民法通则》第 92 条规定:“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当得利返还受损失的人。”不当得利的构成前提条件有以下两点:

(1) 行为人取得财物占有权没有合法的根据,是不当得利构成的实质要件。就本案而言,许霆取得了巨款的占有权,是由于 ATM 机的故障所致。从民法的角度去分析本案,许霆不应当占有这一钱款,也无法取得对这一巨款的合法占有,因此要将钱款归还其真正的所有人。

(2) 行为人非积极主动的实施违法行为得利的同时造成他人的损失。许霆获得利益的同时使得银行遭受了较大的经济损失。许霆后续的行为当然违反了民法的诚实信用原则,将没有被及时扣除的钱款继续从 ATM 机上提取,其主观上具有致使银行利益受损的目的,属于恶意受益,符合不当得利的构成要件。基于其主观目的的恶意

性,其返还责任应该较善意受益人有所加重。因此许霆除应将巨款返还给银行外,还应支付这段时间的银行利息;如果返还仍不能弥补银行遭受的损失,还要进行损害赔偿。

二、由本案引发的对现行司法观念的思考

本案看上去是一个纯刑法规范的技术运用问题,但往深里思考,这里蕴涵着一个现行司法观念和法治价值取向的冲突问题。ATM 机发生如此故障,让许霆碰上,真是具有千载难逢的偶然性。但是通过我们前面的技术分析,对这种本不应该构成犯罪的案件,将其所谓的社会危害性进行无限地拔高放大,然后上纲上线,定为重罪予以严惩,在我们这个喜欢崇尚强势态度解决争议的思维定式依然存在、不懂得刑法本身属于第二次的违法规范形式的原理、往往习惯于使用高端手段处理问题、甚至不太宽容的国度里却具有必然性。中国社会至今仍然热衷于“天网恢恢,疏而不漏”观念的宣传和意识传送。许霆案初审以盗窃罪判处无期徒刑的结果折射出的一个明显的司法心态,表明了疑罪从轻、疑罪从无的司法原则在我们的司法实践活动中真正落到实处还有较长的一段路程要走。本来,对于这类稀奇古怪的疑难案件是否构成犯罪,我们的司法活动需要用一种如履薄冰的心态去审慎对待,需要通过犯罪具有的二次性违法特征原理进行循序渐进的评价,同时更需要有一种坚持疑罪从轻、疑罪从无原则的宽容胸怀,才能得出一个较令人信服的结论。这是一个法治社会必须拥有的一种人文关怀和价值取向,也是我们这个已经想要踏上法治之路的国度必须要付出的社会代价。

社会现实生活会时时向我们的司法实践提出各种各样的疑难案例,刑法理论和司法实践也经常为这类案件是否构成犯罪争论不下。是也?非也?如果仅仅用社会危害性的理论去解释这类案例能否构成犯罪,这是最简单不过的公说公理、婆说婆理的事了。如果用犯罪构成的现成规格模式按照浅显的技术套路去套用的话,构成犯罪也并非一点可能都没有。然而笔者认为事情并没有这么简单。我们始终不能忽视,公说公理,婆说婆理,都必须以现有的法律为根据,所有的结论都需要作出解释;解释必须要有依据,依据必须符合规范。由于社会危害性是一个没有量化规范的价值评价和价值判断,所以简单地用社会危害性评价这些案例是否构成犯罪是不能令人信服的。这是因为任何行为的社会危害性作为一种犯罪的基本属性,只有依附于一定的犯罪构成才能体现出来并加以认定。法治社会在不否定内容也须公正的基础上,实际上更倾向于一个形式为上、形式公正、形式规范的社会。“形式公正是一只看得见的手”大概说的就是这个道理。而在通过用规范的犯罪构成去分析某一种案件行为时,我们又必须思考,这些规范背后的依据是什么?脱离了这些规范背后的立法依据,超越了这些规范背后的立法依据,直接运用刑法规范去分析、认定这些案件行为是否构成犯罪,实际上是在过分放大刑法的社会作用,会混淆刑法与一般社会规范及其他法律之间的应有

界限,在今天日益强调法治、强调法律的不同调整领域界限的社会条件下,实在是令人生疑和显得得不偿失的。

犯罪是什么,犯罪当然是一种触犯刑法的行为。但刑法如何规定各种犯罪行为的?违法的行为又如何进入到刑法领域而接受刑法调整呢?中国古代的法律表现出一种“刑民不分、诸法合一”的立法形式,任何类别的社会危害性行为都可以入(刑)律。但由于价值观念的内涵和价值选择的方法不同,在很大程度上又信奉着一个“出礼(道德)入刑”的原则。在人类古代法制社会向现代法治社会的历史发展过程中,任何统治阶层对各种危害社会的行为,都会经过多层次的遴选,只将其中严重危害社会的行为规定在刑法之中,作为犯罪施以刑罚。如果说古代社会制定刑法设立犯罪时,遵循着“出礼入法”的基本准则,那么在现代社会制定刑法设立犯罪时,更应当遵循“出他法而入刑法”的立法基本原则。在司法实践中,一种行为构成犯罪,实际上就是这种行为已经超越了他法而进入到刑法之中,进而触犯了刑法的规定,因此任何犯罪行为都具有二次性违法的特征。

在现代法治社会中,存在着多方面、多层次的法律规范,它们有机地组成了一个完整的法律体系。每一个具体的法律规范都担负起调整特定领域内社会关系的重任。它们在法律功能的总和上,达到了维护社会整体秩序,保卫社会整体利益的需要。但是这个完整的法律体系存在着一种严格的阶梯关系。在这个阶梯关系中,刑法是保证各种法律规范得以实施贯彻执行的最后一道屏障,它始终处于保障法的地位。如果说犯罪行为是各种具有社会危害性行为中一种最极端的表现形式,那么适用刑罚不过是社会为了自身生存而进行防卫所采取的最后手段。只有当违法行为已经超越了其他法律,而其他法律规范再也无法容纳已经超出其既定界限的某种危害社会的行为,只有当其他法律制裁手段再也不能也不足以制止和惩罚触犯其规定的行为时,社会公共机构才不得已而动用刑法来宣布这种行为是犯罪,并动用刑罚来加以惩罚。可以说从涉及的面来讲,刑法涵盖了包括国家安全、政治活动、社会秩序、经济交往、人身安全、财产关系、婚姻家庭等比任何一个部门法所调整都要广泛的社会关系。但也恰恰因为其调整手段的独特性使得自启蒙时代以来的现代国家从未间断用理性的眼光审视刑法在整个社会控制体系中的地位。古代社会以刑法全面控制社会生活的作法遭到现代人道主义的持续质疑①,在法律不断增加其涵括面的同时,刑法在整个法律体系中的比重却在不断降低,刑法日益褪去其神圣光环,不再作为对付违法犯罪的首要选择,而

① 刑与法合一并不是中国古代所独有的,而是人类早期历史的一种普遍现象,历史法学派的代表人物梅因爵士就在考察条顿法典、古罗马古希腊法典、日耳曼法典、德累科法典的基础上得出结论,“法典愈古老,它的刑事立法就愈详细、愈完备。”,立基于此,梅因爵士甚至不无先见地把民法与刑法的比例高低作为衡量一个国家文化高低的标准。参见〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 207 页。这一段理论也受益于本人所指导的研究生许其勇的硕士学位论文,在此谨表示感谢。

是只是在万不得已的时候才动用,就像葛德文所讲的那样:

> 惩罚是同人类天性禀赋不相容的一种不得已的痛苦行为,它的实施是由人类中占统治地位的腐败和无知所暂时强加给我们的。最荒谬的莫过于把惩罚看成是进步的源泉……除非在千钧一发的关头,再没有什么事情比乞灵于惩罚更为非正义的了。真正的政治家将会把强制限制在最小的范围之内并且不断地寻求减少使用它的机会,而不是增加强制的机会并且把它当作挽救一切道德败坏的药方。在一切情况下,可以得到认可的为之辩解的理由只有一个,那就是放过罪犯会对公共安宁成为十分明显的危害。①

也就是说,"即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统治手段才是理想的。可以说,只有在其他社会统治手段不充分时,或其他社会统治手段(如私刑)过于强烈,有代之以刑法的必要时,才可以动用刑法。"②正所谓"能攻心则反侧自消,从古知法非好罚;不审势即宽严皆误,后来治国当深思"。因此中国刑事法治的建设应当要摆脱"刑法万能论"的窠臼,人们应当要明白,能够使用道德救赎就没有必要使用法律救治;能够使用一般法律救治就没有必要使用刑法严惩。

刑法具有第二次的规范属性,因此在刑法意义上的犯罪行为,就其本身的行为属性而言,是一种具有二次性的违法特征,即先违反了刑法赖以存在的前置性法律,进而才违反了刑法的规范性内容。为了弄清犯罪的两次违法性特征,我们有必要结合刑法具有第二次规范的属性来加以分析。刑法具有第二次的规范属性,是指刑法在整个法律体系中属于一种保障法。刑法只有在其他手段,包括其他的法律手段仍不能解决行为对社会关系的调整时,或者只有使用刑罚手段才能对付时,才符合社会正义,才可以动用刑罚。正如日本学者大塚仁所说的,刑法具有第二次的规范性质。③"只有在其他法律的保护不充分时,才能允许刑法进行法益保护,这样的关系叫做刑法的第二次性质或者补充性质,刑法的适用必须慎重并且谦虚。刑法不应以一切违法行为、一切有责行为看为当然对象,刑罚只应在不得已的范围内适用。"④刑法调整着广泛的社会关系,"从历史上讲,刑法是最古老的法律形式,至今他还独立的调整很广泛的范围。如生命、自由、荣誉或风俗等。"⑤可以说,刑法的触角比任何一种法律延伸的都要长。正如有的学者所言:"尽管刑法有其自身的特点。但是,从其表现形式来看,刑法是一种

---

① 〔英〕葛德文:《政治正义论》,下卷,何慕李译,商务印书馆 1980 年版,第 560 页。

② 〔日〕平野龙一:《刑法总论Ⅰ》,有斐阁 1972 年版,第 47 页。转引自陈兴良:《刑法谦抑的价值蕴含》,载《现代法学》1996 年第 3 期,第 17 页。

③ 〔日〕大塚仁:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社 1993 年版。第 14 页。

④ 〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁 1992 年改订版,第 5—7 页。

⑤ 蔡敦铭:《法制与人权——司法批判》,台湾高雄敦理出版社 1993 年版,第 69 页。

保护法益的法律。反映刑法本质的不是属于不同法律部门的法益的种类,而是法律保护的特征本身。像财产权和亲属权,生存和版图问题,国家元首的地位,公民的政治权利,国家行政机关的利益,商业公司的利益,对女性的尊重以及交通安全等——一切利益均毫无例外地享受刑法的最强有力的保护。在所有的法律学科均会见到刑法的规定……”。① 因此笔者认为,刑法中确实存在着所有法律都加以规定的内容。但是,一种行为并不是、也不能一开始就应该直接进入到刑法之中去的。因为刑法并不是保护社会利益的第一道屏障,它应该是、也只能是保护社会利益的最后一道屏障,只有在其他法律无法加以保护时才应有刑法介入。在对疑难案例进行分析定性之时,只有经过层层筛选,排除了前置法调整的可能之后才能纳入刑法的视野之中。应当使人们明白,刑法是必要的,但刑法不是万能的。过分放大刑法的作用,让刑法进行跳跃式地进入到社会的各领域,在一个法治社会里,也会伤及无辜者,并加大社会的司法成本。例如银行由于疏忽大意而将甲的存款打入到乙的账户,乙明知自己的账户有多余存款实属可疑,但还是将存款取走后挥霍享用。乙的行为是否构成犯罪?我们的逻辑思维起点就不能简单地从刑法中寻找有无相应的法条可以对应。而应当首先从刑法的前置法——民法中寻找这是一种什么性质的行为。如果能用民法的不当得利的规定加以解决的话,那就没有必要进入到刑法之中去。如果此时直接进入到刑法之中,就有公法干涉、侵犯私法之嫌,其带来的一个直接的后果是形成公法的日益强大和专横,而公法的日益强大和专横,对于一个国家的法治建设决不是什么福音。因此笔者认为,在今天建立起刑法具有二次性的规范属性,因此犯罪具有二次性的违法特征的观念,来观察各种违法行为、分析各种违法行为,以此适当地限制公法的干涉领域,对于我们解决像本案一类的案件具有十分重要的意义。也因此,我们有理由对那些介于刑法与其他法律之间的违法行为,应当要通过犯罪的二次性违法特征理论加以深入分析,不要超越民法或者其他法律,直接运用刑法作跳跃式的分析认定。对任何行为的刑法规制,必须是在动用了其他社会规范、其他的法律手段仍然不能奏效时的最后手段。动辄使用刑罚,后果是非常严重的,这会使我们对刑法过分迷恋,并使我们不能正确对待刑法应有的功能和犯罪的形成原因,错失对社会问题的正确认识与理性解决的良好时机,这对我们今天的法治建设有大害无小利。其实从社会效果来说,对许霆一案一开始不以刑事手段来处理,对于所有商业银行来说,其潜在的社会警示作用远远要大于对许霆的刑事处理。因为每一个商业银行都会由此受到“惊吓”,因而对此类案件的发生再也不能掉以轻心,从而不会盲目相信有国家强权的支持而放松对各类玩忽职守行为和技术差错的跟踪和预防。

---

① 〔德〕李斯特著,施密特修订:《德国刑法教科书》,法律出版社 2000 年版,第 8 页。

三、因本案引发的对平等制度设计的探索

再往深处思考，我们又会发现许霆一案同时还反映出另外一个问题，即在刑法的制度设计上其实我们至今还没有真正建立和体现法律面前人与人的平等和物与物平等的现代法治原则。商业银行在民事法律上不过是一个与客户处于平等地位的经济活动主体，金融机构的财物与公民个人的财物在财物的存在形式与财物的价值内容上本身具有同一性。今天我们的《物权法》已经明确宣示：“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”这一规定意味着在我国，在法律前面人与人是平等的，物与物也是平等的。但是在我们现行的刑法中却明确规定，盗窃银行等金融机构的财物数额巨大的，可以处无期徒刑或者死刑。而盗窃其他单位或者公民个人的财物，不管数额多少，其法定最高刑不过是无期徒刑。同样是盗窃银行等金融机构的财物，社会普通成员盗窃的，其法定最高刑可以是无期徒刑或者死刑。而比如银行等金融机构的工作人员利用职务之便监守自盗（刑法上称之为职务侵占罪），不管其数额多少，不要说是17万余元，即使170万余元，甚至1700万余元，其最高法定刑不过15年有期徒刑（这也是刑法理论上有人提出取消贪污罪、职务侵占罪的罪名规定，认为应当在盗窃罪的条文中加上国家工作人员或者公司、企业等经济组织的工作人员利用职务之便监守自盗犯盗窃罪的，按照盗窃罪的法定刑从重处罚，就能比较好地实现法律面前人人平等原则的理论根据所在）。本案发生后，面对汹涌而现的如潮议论，为了验证我国刑法设定的在法律面前人人平等原则的真实性，笔者想起了先贤关于科学就是大胆假设、小心求证的名言，作了一个貌似荒谬的大胆假想：即此案如果由设置该ATM机所属商业银行的一个内部工作人员利用工作之便发现该ATM机具有这一玄关秘密后实施的，其结果会是怎样的？笔者认为大体不出三种可能：一是，银行自己承认机器有问题，言明责不在事犯（非罪犯）而在银行本身，只要退还钱款，作一下道德批评与检查，此事隐而不发，双方迅速和解了结。二是，即使事犯携款逃逸，该银行也会不断发出“劝降令”，只要回来退款，该事既往不咎。事犯果真回来并退回钱款后需要升级处理，至多也是开除职务，勒令“卷铺回家”，以行政处罚而了事。三是，此案东窗事发，事犯归案，无法隐瞒，只得“送官”。司法机关即使开堂问审，也只能以职务侵占罪定罪，其刑不过在5至10年间徘徊。假想不过就是假想，大可不必太当真。然果真如此的话，司法的矫情，现实的吊诡，结果的差异，全在这一貌似荒谬的假设中暴露无遗。由于现实生活中，我们看到太多的真相总是被笼罩在烟雾中，很多的现象无法得到清晰的透视。所以通过假设、假想，也是人们拆穿“皇帝每天穿新衣”假象的一条路径选择。然而这里深层的原因是什么？

德国的古斯塔夫·拉德布鲁赫说过：“对于我们这些法律职业人而言，最难做到的

事情是，既要对我们的职业有所信仰，但同时在我们本质的无论哪一个极深的层次上不断地加以审问。”如果许霆的行为真的能够成立盗窃罪，该案虽然看似量刑过重，并有着“杀鸡儆猴”的思维痕迹存在，但毕竟仍在法定刑的幅度范围内。对于具体法官来说，完全可以用“恶法亦法”、“爱莫能助”的冰冷铁酷的言语话拒绝所有责难。而今天原审法院以《刑法》第63条为依据，对许霆虽仍以盗窃罪认定，但同是一个盗窃罪，先是无期今五年，也足可以反映目前法官们的自由裁量权有时适用无度的现象。在这里我们撇开许霆的行为到底能否构成盗窃金融机构数额巨大，判刑轻重不言，仅就我们的刑法规定是否能够体现法律面前人人平等的原则作必要的反思与探讨。

从横向广阔的社会背景来看，1997年修订新刑法时，市场经济的思想意识并没有像今天这样深刻和彻底，国家与社会为本位的观念依然是当时这个社会的主流观念，社会主义公有财产神圣不可侵犯的意识虽然没有写进法律，却也是当时的一种社会共识。同时作为刑法前置性法的《物权法》在客观上也还没有制定。但从纵向深远的历史进程来看，中国社会固有的宽官严民、尊卑有别、贵贱有序的多等级宗法专制所传承的思想意识在今天依然有回光返照的市场，以至法律在实际执行过程中，宽官严民的司法操作总是存在着一定的弹性。而就刑法的量刑弹性而言，法律有时是“一根能紧能松的橡皮筋”，也有一些难以言说的事实现象在不经意地作着佐证。

但是我们必须指出，随着市场经济思想意识和外部法治社会榜样及观念影响的日益趋强，平等原则不能仅仅作为一种法治言语的花环和装饰品。而随着《物权法》的颁布施行，刑法的修正与调整已经势所必然。在法律的运用上，我们作为法律职业人，比一般社会成员更能理解“恶法亦法”所蕴涵的法治意义。在司法的层面上，“恶法”作为一种实在法，依然作为在司法实践中需要被遵照执行的一个依据。正是从这一意义上说，“恶法”也是法，“恶法”就是法。既定的法律是一种铁的规则，“恶法亦法”的古训应当在司法实践中得到尊重和贯彻。但是在立法层面，在民主制度下的法治观念上，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”①从这一意义上说，“恶法”不是法，“恶法”当然要受到人们的批评和批判，是人们痛斥的对象。

从国家制度来说，金融机构作为商业机构应该受到法律的保护，这里涉及市场经济秩序的平稳运行。但公民的权利也必须受到法律的保护，这涉及基本人权问题。今天的银行等金融机构，在市场经济体制下，我们必须把它们从等同于国家财产守卫者自居的神圣位置上请下来，回归到商业机构这一合理合法的地位上来。基此才能与其他社会成员和社会机构或企业单位处于平等的地位，从而实现法律面前人人（包括法人等拟制人）平等的法治原则。而刑法中盗窃金融机构的应当处以重刑的规定也应当

① 〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1981年版，第199页。

随着我国的法治进程的加速，及时作出修改，以便让不同所有者的财产在法律上真正享受同等被保护的“荣誉和尊严”。也正因为如此，即使普通社会成员盗窃金融机构数额巨大的行为，才能与贪污、职务侵占等行为具有同质同价的认定，并让不同的罪犯也享受一下最后的“平等荣誉和尊严”，甚至还因为普通社会成员不具有社会公共职务所赋予的权力，无需承担更重的法律责任，反而应该在刑事责任上略轻于监守自盗的贪污、职务侵占行为的刑事责任，这样才能更显权利与义务一致性的法理原则（笔者自知其难能但却可贵而故作理论上的先导思考）。

当然在现实的司法实践活动中，在刑法修改之前，如果能够对普通盗窃参照贪污罪、职务侵占罪的起刑标准来进行用刑或大体持平（现实司法实践中的有关财产性犯罪起刑点的数额标准，很多本身就是司法解释的产物，属于司法实践的范畴），其本身也是实现刑法面前人人平等原则的一个重要举措。

民事违法转化为犯罪须具备法定特别要件

黄　风*

根据广州中级人民法院的重审判决,许霆第一次取款1 000元,其账户实际仅扣款1元,是在取款时因自动柜员机出现"异常",无意中提取的,是民法上的不当得利。①笔者认为这一认定是正确的。但是,对于随后170次同样的实名取款行为,该判决则仅因行为"基于非法占有银行资金的目的"而认定为盗窃犯罪。笔者认为这种关于由不当得利向犯罪转化的认定是严重缺乏法律根据的,表现出典型的主观归罪倾向。

所谓"不当得利"是指"无合法原因而受领他人的给付,或者以其他方式由他人负担费用而受到利益"之情形。② 在民法理论上,典型的不当得利并不构成真正的民事侵权,而属于"准侵权",虽然不当得利行为也对他人造成财产损失,但由于得利人一般不具有严重的过错或者说不具有欺诈意图,因而它仅仅使得利人在获取利益的范围内承担返还义务,我国《民法通则》第92条规定:"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损害的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。"如果得利人在受领给付或利益时或者事后知晓缺乏法律上的原因,则构成恶意的不当得利,由此产生的不仅是在得利范围内返还财物的义务,还应当承担一定的赔偿责任,例如:支付相应的资金利息。③

不当得利是否可以转化为侵权?对于这个问题的回答在民法理论上是肯定的。民法的一个显著特点是:它的调整方式具有比较广泛的开放性,除个别制度(如物权制度)外,不严格遵循法定性原则,在许多制度和问题上不排除当事人合意、习惯、政策的调整效力。例如,我国《民法通则》第6条规定:"民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。"《埃及民法典》第1条第2款规定:"无可适用的法律规定时,法官应依习惯裁判;无习惯时,依伊斯兰沙里亚原则裁判;无此等原则时,依自然法原则及公平规则裁判。"④民法的这种开放性为当事人的诉求和法官的审判提供了比较

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师。

① 参见《广州中院解释许霆案重审改判五年原因》,载《南方都市报》2008年4月1日。

② 参见《德国民法典》第812条。

③ 参见《德国民法典》第819条。

④ 所谓"伊斯兰沙里亚(Islamic Shari'a)"系指以伊斯兰教义为基础的法律。参见《埃及民法典》,黄文煌译,厦门大学出版社2008年版。

宽广的裁量余地，提供了更多地依赖公平和公正原则认定是非曲直和性质的标准。有时候法官甚至可以将明显的犯罪行为作为民事侵权行为加以审判，并判决行为人承担相应的民事赔偿责任。① 因此，如果不当得利是基于具有相当程度恶意的主观意图而实现的，就可能超出"准侵权"的界线，在法律定性上完全可能转化为民事侵权。实际上，当得利人明显是在利用他人的错误致使他人遭受财产损失时，他就具有了严重的过错或者说具有了侵占他人财产的故意，就应当承担相应的侵权责任。

不当得利是否可以转化为犯罪？对于这个问题的回答必须顾及刑法的谦抑性和片断性特点，必须考虑到在定罪和量刑问题上应严格遵守罪刑法定的原则且不允许实行类推。任何民事违法行为，只有在具备刑事法律明确列举的特别要件的情况下，才能转化为犯罪。在法律未明确规定转化条件的情况下，法官在审判中不能随意将民事侵权行为认定为犯罪。

根据我国《刑法》的规定，以下民事违法行为只有在具备特别要件的情况下才可能转化为犯罪。

（一）私自占有他人的遗忘物或者埋藏物，一般属于不当得利行为；根据《刑法》第270条第2款的规定，只有当被非法占有的物品"数额较大"，并且占有人"拒不交出"时，才可能转化为犯罪。

（二）非法使用由其保管的他人财物一般属于民事侵权行为；根据《刑法》第384条和第270条第1款的规定，只有当被挪用财物是"公款"，并且"数额较大、进行营利活动"或者"超过三个月未还"，或者"数额较大，拒不退还"时，才可能分别转化为挪用公款罪和侵占罪。

（三）毁坏公私财物一般属于民事侵权行为；根据《刑法》第275条的规定，只有当行为是"故意"实施的，并且被毁坏的财物"数额较大或者有其他严重情节"时，才可能转化为犯罪。

（四）使用信用卡违规透支一般属于民事侵权行为；根据《刑法》第196条的规定，只有当"持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收仍不归还"时，才可能转化为犯罪。

（五）未经注册商标所有人许可冒用他人注册商标一般属于民事侵权行为；根据《刑法》第213条的规定，只有当冒用注册商标的行为"情节严重"时，才可能转化为犯罪。

这种从民事侵权转化为犯罪的情况在我国《刑法》中还有许多。它们的共同特点就是：必须具备《刑法》明文规定的特别转化要件；在不具备或者《刑法》未明文规定转

① 《联合国反腐败公约》第53条倡导各缔约国"允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权"，这表明对犯罪行为完全可以通过独立的民事审判追究相关的民事责任。

化要件的情况下,任何民事侵权行为均不得以犯罪论处。这是罪刑法定原则的基本要求。

的确,相对于许霆第一次在自动柜员机上的取款行为,许霆随后实施的同样行为表现出行为人越来越严重的主观恶意,这种越来越严重的主观恶意足以使原先作为"准侵权"的不当得利转化为民事侵权。但是,由于《刑法》没有为这种不当得利或者侵权行为明文规定转化为犯罪的特别要件,因而,无论行为人表现出何等严重的主观恶意或故意,无论行为本身具有怎样的严重情节,均不应当将其认定为犯罪并处以刑罚。否则,就是对罪刑法定原则的违反。

现代刑法理论崇尚关于刑法具有谦抑性和片断性特点的理念,认为刑罚是双刃剑,刑罚是以损害法益的方式来保护法益,因而,应当是极端的和最后的手段(extrema et ultima ratio),也就是说,只有当采用民事的、行政的、纪律的等制裁措施均不足以有效防止和惩治侵害行为时,才有必要动用刑罚手段;刑法调整的范围不应当是面面俱到的,而应当是有选择的,有重点的;一张能够与其他社会调整机制和谐发挥作用的刑事法网应当是"疏而有漏"的。

实际上,我国刑事立法没有将非法占有自动柜员机错误给付款的行为规定为犯罪,这本身就说明立法者在此问题上持谨慎态度。一方面,将这种偶尔发生的罕见情况做犯罪化处理缺乏一般预防的意义,不符合刑法的谦抑性和片断性理念;另一方面,与非法侵占遗忘物或者埋藏物的情况不同,在类似于许霆案的情况中,自动柜员机的错误给付是导致银行遭受财产损失的根本原因①,这种错误给付可能涉及银行或相关机构自身的民事责任、行政责任甚至刑事责任。让有过错(包括严重过错)的取款人,除承担法定民事责任外,还为银行的财产损失承担刑事责任是有失公平的。滥用刑事制裁措施甚至会使银行和有关的技术处理部门松懈或者推卸保障金融财产安全的责任。

笔者最后想说的是,将类似于许霆案的、以实名取款方式获取非法利益的行为直接定义为"盗窃",这种解释是不符合盗窃行为的本质特征的,它抹杀了民事违法和刑事犯罪之间的界限,可能使"盗窃"成为一个新的定罪"大筐",是一种擅断的、危险的和令人担忧的解释。

---

① 据媒体报道,在自动柜员机因"故障"而错误付款后,负责该自动柜员机升级的广电运通公司已根据合同条款向受损失的广州市商业银行进行了赔偿。这说明,对于类似许霆案的事件,银行是有着比较充分的民事救济手段的。参见 http://cache.cn/publicforum/content/free/1/1134925.shtml。

许霆案的启示

赵国强*

曾沸沸扬扬、广引社会关注的广东许霆案总算告一段落。从一审、一审重审到二审终审和最高人民法院的裁定核准，被告人始终被定为盗窃（金融机构）罪，但其刑期从无期徒刑到5年徒刑，又似乎昭示了中国社会法治的开放和进步。然而，笔者认为，许霆案所引起的法律问题并未因法院的判决而消失；相反，它带给我们的启示是非常深刻的。本文拟从以下两个方面，就许霆案所涉及的法律问题，略抒己见。

一、关于许霆行为的定性问题

从许霆案一审被判无期徒刑后，学界对许霆行为的定性问题就展开了热烈的讨论，并形成了三种主要的不同意见：第一种意见认为许霆的行为构成了“盗窃罪”，该意见又分为一般盗窃行为和盗窃金融机构两种观点。第二种意见认为许霆的行为属于非法侵占他人财产，应以“侵占罪”论处。第三种意见认为许霆的行为属于民事上的不当获利，不应追究刑事责任。笔者认为，第二种关于“侵占罪”的意见是没有道理的，因“侵占罪”客观方面是“将代为保管的他人财物非法占为己有”，取款机中的财物非属许霆保管之物，故不构成“侵占罪”。第三种关于民事上的不当得利的意见，则属于法律责任的范畴，不涉及罪名问题，故不属于本文探讨的范围。可见，对许霆行为的定性，关键在于能否构成“盗窃罪”，质言之，许霆的行为是否属于盗窃行为，就成为问题的核心。对此，笔者认为，许霆的行为不构成盗窃行为。主要理由如下：

（一）关于“秘密窃取”的双向内涵

何谓盗窃？通观中国大陆几乎所有的刑法类书籍，在论及“盗窃罪”概念时，都把盗窃行为视为以非法占有为目的，秘密窃取公私财物的行为。这一概念表明，“盗窃罪”客观方面最基本的特征是“秘密窃取”。笔者认为，作为“秘密窃取”，无论是在常理上还是在法理上，“秘密”的内涵都应当包括两个方面：一方面是针对财产所有人而言的，即财产所有人对自己财产的丧失处于“不知情”的状态；至于事后财产所有人通

---

* 澳门大学法学院教授。

过猜想推断财产为何人所拿,或者通过技术处理等其他方法得知财产为何人所拿,这并不影响“秘密窃取”对财产所有人应具有的“不知情”内涵。比如,在许霆案中,银行完全可以在事后通过许霆用以取款的银行卡上的个人资料,来查明财产为何人所拿,但这仍应视为银行对自己财产的丧失处于“不知情”状态。另一方面是针对行为人而言的,即行为人在拿走他人财产时,要刻意“隐瞒身份”,也就是不能留下自己是谁、住在何处等个人资料;至于外人如警察机关通过各种方法或侦查手段,最后查明行为人是谁,这也不影响“秘密窃取”对行为人应具有的“隐瞒身份”内涵。比如,儿子私下拿走父母钱财,警察机关很容易查明,但这仍应视为儿子在拿走父母钱财时,刻意“隐瞒身份”。因此,财产所有人的“不知情”和行为人的“隐瞒身份”,就形成了“秘密窃取”的双向内涵;缺少其中一种内涵,就不成其为盗窃行为的“秘密窃取”。

笔者发现,主张将许霆行为定性为盗窃行为的意见有两种偏向。一种偏向是侧重于行为人主观上是否具有“非法占有”的目的,客观上是否“非法占有”。如有学者认为,“根据通行刑法理论,许霆在明知银行系统存在问题,仍利用这种漏洞获得财物的行为,属于‘非法占有’。因为在社会观念上,ATM 机中的钞票显然归银行占有,许霆本人并无合法的‘占有权’。即使银行金库大门洞开,无人看守,潜入其内,将财物囊为已有,也是一种盗窃行为”。① 这种观点完全忽视了盗窃行为“秘密窃取”的双向内涵,根本无法证明许霆的行为与盗窃有什么关系,因为行为人主观上的“非法占有”和客观上的“非法占有”,不是盗窃行为的专有特征,其他侵犯财产的犯罪都具有这方面的主客观特征。另一种偏向则是侧重于财产所有权人是否“知情”,如果在财产所有权人“不知情”的情况下拿走其财物,就是“秘密窃取”;换句话说,“盗窃就是未经人家同意拿了人家东西,同意了再拿就不算盗窃了”②;“盗窃罪中的秘密窃取是指取得财物的当时,财物的占有人不知道”。③ 这种观点又具有偏颇性,因为它只注意到“秘密窃取”对财产所有人应具有的“不知情”内涵,但却忽视了“秘密窃取”对行为人应具有的“隐瞒身份”内涵。照此推理,“侵占罪”不也成了在财产所有权人“不知情”的情况下,“秘密窃取”他人财物的行为吗?

由上可知,笔者认为,许霆从取款机中取钱的行为首先不符合盗窃行为“秘密窃取”的双向内涵。因为许霆是用自己的银行卡取钱,其银行卡上载有许霆基本的个人资料,取完钱后,这些个人资料都会完整地保留在银行。所以,许霆的行为充其量只符合“秘密窃取”对财产所有人应具有的“不知情”内涵,即银行不知道自己的钱已被他人取走;但却不符合“秘密窃取”对行为应具有的“隐瞒身份”内涵,即许霆在取钱时,并未刻意隐瞒自己的身份。

---

① 罗翔:《许霆案:法官其实有权灵活纠偏》,载《法制网》2008 年 1 月 10 日。

② 《广东省检察院检察长谈许霆案:一审判无期无不妥》,载《南方网》2008 年 1 月 23 日。

③ 吕向隐:《许霆案:一起荒唐的盗窃案》,载《东方法眼》2008 年 3 月 10 日。

（二）关于“秘密窃取”的表现形态

如果说，“秘密窃取”的双向内涵是侧重于从事物内部来探索事物本质的话，那么，“秘密窃取”的表现形态则是侧重于从事物的外部来考察事物的本来面目。何谓“窃取”？用老百姓的话说，“窃取”就是“偷”，其实也就是在符合“秘密窃取”双向内涵的前提下，拿走他人财产。当然，“偷”的方法和手段是多种多样、五花八门的：撬门入室是“偷”，将手伸入他人口袋是“偷”，利用计算机网络将他人账户上的钱划入自己账户的也是“偷”。但不管怎样“偷”，它们都会有一个共同点，即在外部表现形态上，财产所有人不可能是将财产“自愿”地交予行为人；换句话说，在“偷”的过程中，财产所有人和行为人之间的财产转移，具有明显的“非自愿性”。如果在外部表现形态上，财产所有人是“自愿地”将财产交予行为人，这就不构成“偷”，哪怕对行为人来说这是一种不当获利。因此，正是各种各样“偷”的行为所表现出来的这种“非自愿性”，就形成了“秘密窃取”的外在表现形态。比如，甲替朋友暂时代管服装店，因某种原因，将原本1 000元的衣服和200元的衣服搞混了，结果1 000元的衣服都以200元出售。乙因常来该服装店购买，知道甲把标价搞错了，于是就大量购进。像这种情况，乙虽利用了他人的错误且带有不当获利的“恶意”，但因在外部表现形态上，甲是“自愿地”将衣服交予乙，所以，乙的行为就不能视为“偷”。对银行来说也是一样。如果甲知道某银行职员不知出于什么原因，老是会把“5”和“8”搞错（当然是假设），于是甲就利用银行职员之错，10次“恶意”地取5 000元，结果5次拿到8 000元，你能说甲是在“偷”银行的钱吗？由此可见，在正常的商品、货币买卖、交易的直接过程中，即使有错，也不构成“窃取”，因为买卖、交易都是以“自愿”的外在形式进行的。

或许有人会说，你说的是人，但许霆行为涉及的是取款机。笔者认为，取款机的职能实际上就是“虚拟”的银行职员，它们是代表银行同使用者进行“自愿”的货币交易。取款机有错同银行职员有错，在性质上并无本质的区别。当许霆在同取款机进行货币交易时，取款机完全是“自愿”地将多出的钱交予许霆；在这种情况下，取款机所表现出来的“自愿性”，显然不符合“秘密窃取”在外部表现形态上应具有的“非自愿性”。既然如此，许霆的行为当然也不成其为“秘密窃取”。

值得一提的是，类似的情况也同样发生在英国。英国某超市外一台取款机出现“双倍吐钱”故障，并持续了数个小时，许多人得知后在取款机前排起长队，直到取款机“弹尽粮绝”才散去，“取到钱的人都满面笑容地拿着一大沓钱走了”。[①] 这种情况能叫“秘密窃取”吗？世界上有这样“公然”的、在“自愿”交易过程中的“秘密窃取”吗？

综上所述，笔者认为，许霆的行为尽管是“恶意”的，但客观上既不符合“秘密窃取”对财产所有人和行为人应具有的内在的双向内涵，也不符合“秘密窃取”在外部所显示

① 《英一提款机双倍吐钱，百人排队取款》，载《中国日报网站》2008年3月21日。

的"非自愿性"表现形态,因此,其行为不构成"秘密窃取"。法院以"盗窃罪"论处难以自圆其说,也有悖于罪刑法定原则。

二、关于许霆行为引起的立法反思

笔者认为,许霆行为不构成盗窃行为,并不意味着该等行为不具有相应的社会危害性。对许霆行为是否属于盗窃行为的分析,仅属许霆案本身所反映出来的外在的、浅层次的现行法律评价问题,而许霆案内部所包含的更深层次的问题,就是立法层面的问题。可以说,法院之所以将许霆行为定性为"盗窃罪",实为无奈之举;因为在中国《刑法》中,尚找不到相对应的罪名;如果不以"盗窃罪"论处,那么,根据罪刑法定原则,就只能作无罪处理。正因为如此,以现行法律观之,主张对许霆行为按民事上的不当得利处置的意见,应该说具有现实的合理性。

笔者认为,许霆案所涉及的立法层面问题可以包括两个方面:

(一)许霆行为或类似行为是否应当刑事化

众所周知,在现代刑事立法中,刑法的谦抑性原则越来越受到立法者的重视。而刑法谦抑性原则最基本的核心,就是在对具有社会危害性的行为给予法律制裁的过程中,刑罚作为最后一道防线,必须慎而用之,能不用则不用。因此,随着社会的发展、变化,对新出现的一些具有社会危害性的行为如计算机使用过程中的各种违法行为,是否需要纳入刑事立法范畴,给予刑罚制裁,这是立法者必须面对的且应小心处理的现实问题。

那么,对许霆行为或类似行为是否应当纳入刑事立法的范畴呢?笔者认为应当纳入。主要理由在于:一是从普及化的角度,考虑到此类行为的社会影响比较大。因为随着现代科技的发展以及金融服务行业的实际需要,包括银行在内的相关系统大量甚至是大规模地使用自动取款机之类的设备,此乃大势所趋,不可阻挡,继而使其成为社会民众日常生活中不可分割的组成部分。然而,机器毕竟是机器,在现实生活中,计算机、网络出错或因受到"黑客"之类的攻击而产生混乱,时有出现,在所难免。在这种情况下,立法者就有责任进行立法保护,包括使用刑罚权,以防止一旦计算机、网络出错时各方(设备的拥有者和使用者)利益受损,或尽量减少这方面的损失,以充分发挥法律包括刑法在维护财产合法所有权及正常金融秩序方面的职能。二是从比较的角度,考虑到相关的侵犯财产犯罪的立法。比如,根据我国《刑法》规定,将代为保管的他人财物非法占为已有的,可以构成"侵占罪";如果我们将许霆行为或类似行为与"侵占罪"相比,无论是主观还是客观,前者所表现出来的社会危害性比后者都有过之而无不及。有些大陆法系国家或地区的刑法典,不仅规定了"侵占罪",而且还将"拾得物"占

为己有的行为刑事化[1],而许霆行为或类似行为与此类犯罪相比,前者的可遣责性显然要大于后者。

当然,将许霆行为或类似行为刑事化,也应当有情节轻重之分。如果情节显著轻微的,不应以犯罪论处。像许霆这样"恶意"地多次非法占有银行 17 多万元财产,当列情节严重的范畴。

(二) 许霆行为或类似行为应当如何刑事化

如何刑事化的本意,实际上就是如何确定具体的罪名,这就是一个需要立法者考虑的问题。关于这个问题,因笔者长期从事澳门刑事法律的研究,所以就假设许霆行为发生在澳门,然后再根据《澳门刑法典》的相关规定,对其行为进行法律上的评价,以供参考。

从构成要件之该当性考虑,在《澳门刑法典》中,可以与许霆行为挂得上钩的罪名有两个:一个是《澳门刑法典》第 200 条第 1 款规定的"在添附情况下不正当据为己有罪",即"将他人之物不正当据为己有者,而该物系由于自然力量、错误或偶然事件,又或由于任何非因自己意思而发生之情况,而为其占有或持有,处最高一年徒刑,或科最高 120 天罚金"。另一个是《澳门刑法典》第 213 条规定的"资讯诈骗罪",即"意图为自己或第三人不正当得利,借介入资料处理之结果,又或借不正确设定资讯程序之结构、不正确或不完全使用资料、未经许可使用资料或未经许可以任何方式介入处理,而造成他人财产有所损失者,处最高三年徒刑或罚金";该条还特别规定,对"资讯诈骗罪",犯罪未遂亦处罚之。[2]

笔者认为,如果许霆行为发生在澳门,上述两种罪名都可以对其适用。

首先,从《澳门刑法典》第 200 条第 1 款规定的"在添附情况下不正当据为己有罪"的立法规定来看,行为人无疑是先在"由于自然力量、错误或偶然事件,又或由于任何非因自己意思而发生之情况"下取得他人之物,而后才产生"非法占有"的意图,这种情况类似于将代为保管的他人之物占为己有的"侵占罪";澳门立法者之所以在该条第 2 款接着规定了"对拾得或发现物之不正当据为己有罪",也充分反映了这种"先无意得物,后有意占有"的构成要件模式。据此,不难认定,在许霆行为的发展过程中,其第一次从取款机中拿走多给的钱,当属"先无意得物,后有意占有",故符合《澳门刑法典》第 200 条第 1 款规定。[3]

---

① 如根据《澳门刑法典》第 200 条第 2 款规定,将拾得或发现之他人之物,不正当据为己有者,处最高 1 年徒刑,或科最高 120 天罚金。

② 因为根据《澳门刑法典》第 22 条规定,只有当某种犯罪的法定刑最高限度超过 3 年徒刑(不包括 3 年)时,该种犯罪的未遂方予处罚,但法律另有特别规定的除外。

③ 笔者得出此结论,仅是从构成要件的角度考察;实际上是否以犯罪论处,还有一个情节问题:如取款机第一次多给的钱数额很少,当然无须以犯罪论处;若数额较大,则完全可按犯罪论处。在中国内地,许霆第一次取款的行为之所以不作犯罪论处,那是因为我国《刑法》既没有规定相应的罪名,且其数额也很小。

其次,当许霆第一次取款发现取款机出错之后,又多次“恶意”取款,这就很清楚地表明,行为人主观上不仅具有了“非法占有”的意图,而且客观上恰恰是利用取款机处理其个人资料的结果,来“非法占有”多得之钱。这种情况完全符合《澳门刑法典》第213条关于“意图为自己或第三人不正当得利,借介入资料处理之结果”而造成他人财产损失的规定。

最后,根据《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定①,如果上述两个罪名都成立的话,就会按照《澳门刑法典》规定的犯罪竞合处罚原则,对行为人实行数罪并罚。可见,许霆行为发生在澳门,是不可能按“盗窃罪”论处的。

当然,每个国家或每个地区实际情况不同,立法上的差异在所难免。但笔者认为,在现代社会中,由于国与国、地区与地区之间在政治、经济、文化乃至价值观方面的联系越来越紧密,因此,反映在立法上,法律的同一性程度也在不断提高和加强。从这一意义上说,《澳门刑法典》关于上述两个罪名的设置,对中国内地的刑事立法应当具有一定的参考价值。中国内地的立法机关有必要通过对许霆案的反思,从社会发展的实际情况出发,借鉴他人之立法经验,对新形势下产生的具有相当社会危害性且需刑事化的行为,适时立法,以便使刑事立法更好地与社会生活同步演进,同时也为司法机关正确定罪量刑提供足够的法律依据。

① 根据《澳门刑法典》第29条规定,罪数系以实际实现之罪状个数,或以行为人之行为符合同一罪状之次数确定。

许霆案的定性与盗窃罪的行为要件

夏 勇*

我国的司法解释和学理解释表明,《刑法》第264条规定的盗窃罪是“已满16周岁”的一般主体“以非法占有为目的,秘密窃取数额较大或者多次盗窃公私财物的行为。”①据此,许霆实施行为时年满23周岁,符合盗窃罪主体要件;许霆明知自己的银行卡不具备透支功能、余额仅为176.97元,却在发现ATM机出错情况下故意连续170次取款1 000元或2 000元,共计173 826元人民币,事后不交给银行,而以潜逃方式藏匿,以消费、投资等方式处分,被发现后拒绝退还,清楚表明其具有非法占有目的,符合盗窃罪主观要件;许霆从ATM机取出的十几万元钱款中,只有175元是他自己的财产,其余均为银行管理下的客户资金,将其据为已有,侵犯了公私财产所有权,符合盗窃罪客体要件;许霆占有公私财产十几万元,数额巨大,完全符合并远远超过盗窃罪客观要件中的“数额较大”标准。问题是:许霆案中的行为事实是否符合盗窃罪客观方面的行为要件呢?

根据我国犯罪构成理论,只有案件事实符合某个犯罪的全部构成要件,才能构成该罪;只要案件事实不符合某个犯罪构成中的任何一个要件,就不能构成该罪。在许霆案件的判决和讨论中,至今未能澄清许霆实施的行为是否符合盗窃罪的行为要件,给该案定性留下悬疑。因此,不能不对这个问题予以深入辨析。

一、我国刑法中盗窃罪的行为要件之解读

法律依靠词语来表述,立法者通过词语传达其立法的内涵,要正确理解刑法规定的犯罪构成要件,就不能不从刑法条文相关表述基本语义的分析开始。对各种犯罪的行为要件,刑法条文都是用(也必须用)动词来表述的。《刑法》第264条“盗窃公私财物”的表述,表明该罪的行为是“盗窃”,行为的对象是“公私财物”。在汉语中,“盗”与“窃”均首先被解释为“偷”,“偷取、盗取”就是“窃”,或者“窃取”就是“偷窃”,即“盗”、

* 中南财经政法大学法学院教授。

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(下编),中国法制出版社1999年版,第897页。

“窃”、“偷”可为同义语。[①] 进一步看,“盗”与“窃”所强调的“偷”的意义有所不同:“盗”是“用不正当的手段营私”,强调的“偷”主要是行为根据的缺乏或者非法性;“窃”是“偷偷地”进行,是“背着人做事”,强调的“偷”主要是行为手段的特征或者隐秘性。[②]总之,“偷”是“私下里拿走别人的东西,据为己有”[③],其中,把别人的东西据为己有可以归结为“盗”,私下里悄悄地进行可归结为“窃”。然而,无论是“盗”所体现的非法性,还是“窃”所体现的隐秘性,都只是盗窃行为的属性或特征,还没有说明盗窃行为自身究竟是什么。行为的属性或特征附着于行为的本体,却不能代替行为本身。这就好比说球场上的一个动作难看或者犯规,并没有回答这是个什么动作。因此,“偷”除了表示非法性和隐秘性这两个“盗窃”行为的属性或特征之外,还必须要表示“盗窃”行为的本体意义——取得。离开了“取得”这一行为本体,非法性和隐秘性都是无法理解的,二者都不是能够独立存在的行为。也就是说,“盗窃”不仅仅是非法的和隐秘的,而且必须是“取得”这样一种行为样态。盗窃即为“盗取”、“窃取”、“偷取”。在完整意义上,盗窃就是“用不合法的手段秘密地取得”。[④]

通过上述语义分析得到的结论是:盗窃行为的本体是“取得”,属性或特征是非法和隐秘。这是否符合盗窃罪的立法含义呢?回答是肯定的。从盗窃行为的非法性来看,刑法典中的盗窃罪属于侵犯财产罪,盗窃当然是侵犯财产行为的一种,只能是非法或无合法根据地取得公私财产的行为,依法或有合法根据地取得财产,不可能成为侵犯财产的盗窃行为。并且,盗窃自始至终都不具有合法根据或为非法,这与合法保管或控制公私财物尔后拒不退还或擅自利用的侵占罪、职务侵占罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪等有着明显区别。从盗窃行为的隐秘性来看,盗窃罪与其他侵犯财产罪的关键区别之一在于行为手段或者方式的不同,盗窃完全是以秘密手段或方式侵犯公私财产的行为,这与抢夺罪、聚众哄抢罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、抢劫罪等以公然或者欺骗或者强制手段或方式实施的侵犯财产罪有着明显区别。从盗窃行为的本体来看,是把公私财物据为己有,是把他人对公私财物的控制转为自己占有,是取而得之,这与故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪等“不取不得”而只是损毁公私财物的侵犯财产罪有着明显区别,由此也与“不取而得”而是以控制财物为前提尔后占有的侵占罪、职务侵占罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪和由被害人主动交出而得到财物的诈骗罪等侵犯财产罪有着明显的区别。可见,把盗窃罪的行为要件理解为“非法地秘密地取得”是完全符合我国刑法侵犯财产罪的立法设计及类罪布局的。

---

① 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1981年版,第216页;夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社2002年版,第915、1345页。

② 参见夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社2002年版,第300、915、1692页。

③ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1981年版,第1144页。

④ 同上注,第216页。

对照上述理解,我国关于盗窃罪行为要件的有权解释和学理解释是否恰当而充分呢?回答是否定的。第一,逻辑不清。1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第1条将盗窃罪的行为要件解释为“秘密窃取”,这也是各种刑法教科书和工具书的一致说法。但是,“窃”已经包含了“秘密”之意,“窃取”即为秘密取得,“秘密窃取”存在语义重复之嫌。第二,舍本求末。“秘密”作为盗窃行为的属性,附着于盗窃行为本体——“取得”。然而,对“秘密窃取”的解释往往只解释“秘密”而未解释“窃取”。例如,“所谓秘密窃取,是指行为人主观上自认为采取不会被财物的所有者、保管员或者经手者发觉的方法,暗中窃取其财物。”①有些解释只是多了一点列举式的描述,但仍然是在解释或强调“秘密”而非“窃取”,例如,“所谓秘密窃取,是指行为人采取自以为不使财物所有者、保管者发觉的方法,暗中将财物取走……对‘秘密’的理解要把握三个要点……”。② 这些解释无形中把“秘密”当成了盗窃行为本体。第三,以偏概全。本来,“窃”既有秘密之义,也有非法之义,即便“秘密窃取”的表述是为了突出“窃”之含义,也不应只将前者独立出来——厚此薄彼,有失平衡。同时,只解释“秘密”而不解释“窃取”的说法实际上用盗窃行为的一个属性代替了盗窃行为的全部意义。第四,不尽清晰。也有对“窃取”的专门解释。例如,“窃取就是以隐秘手段非法占有他人财物的行为,即采取隐秘的手段排除他人对财物的支配关系而建立自己的非法支配关系。”③“窃取是指使用非暴力胁迫手段,违反财物占有人的意志,将财物转移为自己或第三者占有。”④剔除非法性和隐秘性特征,这里对盗窃行为本体的解释就是“排除他人对财物的支配关系而建立自己的支配关系”或者“将财物转移为自己或第三者占有”。然而,其他侵犯财产的犯罪行为本体不是也符合这样的解释吗?这样一来,如何显现盗窃罪“取而得之”的行为本体特征与其他侵犯财产罪“不取不得”和“不取而得”的行为本体之间的区别呢?不难看出,现有解释的弊端都与忽略窃取中的“取”这一盗窃行为的本体有关。因此,需要对“取”给予更深入的分析。

什么是“取”?含义有二:一是指“拿到身边”,所谓“拿”,就是“用手或其他方式抓住,搬动(东西)”;二是指“得到”,即得来、获得、到手——“取得”。⑤ 前者描述的是行为样态,后者描述的是行为后果。将二者结合起来看,盗窃行为本体的过程是:行为人以一定方式接触他人控制中的财物,并施以一定的(物理)作用力驱使财物发生位移,导致财物脱离他人控制而转为自己控制。这包括几个要点:第一,行为人以一定方式

① 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2003年版,第437页。
② 赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第670页。
③ 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2003年版,第1242页。
④ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第774页。
⑤ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1981年版,第934、803页;夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社2002年版,第1375页。

接触他人控制中的财物。这里的财物,既可以是他人口袋中的现金和皮包、柜台里的手表或珠宝,也可以是代表财产的存折或票据、电脑网络上的数字和符号。这里的一定方式,包括亲手或者利用某种媒介或工具,但无论如何,行为人必须以一定方式接触财物;否则,就不可能对财物施加影响,从而不可能"排除他人对财物的支配关系而建立自己的支配关系"或者"将财物转移为自己或第三者占有"。第二,行为人不仅以一定方式接触财物,而且要亲手或者通过某种媒介或工具对财物施以(物理)影响力,导致财物发生位移。所谓位移,就是财物在空间上发生移动或变化。这里的空间,可包括现实的物理空间和虚拟的网络空间。在传统的盗窃罪中,财物位移仅指物理空间,但时至今日,应当以客观解释论理解盗窃罪中的位移,从而与多样的财产移转形式相适应。无论在何种空间,行为人必须亲手或者通过某种媒介或工具对财物施加(物理)作用力,并由于这种作用力导致了财物的位移,从而使财物脱离他人的控制。如果财物控制人主动或自动放弃对财物的控制,就不存在盗窃行为的余地,只可能是侵占、挪用等行为。第三,行为人"得"财必须是其"拿"财的结果。财物控制人将财物交给行为人,属于"不拿而得",不可能是盗窃行为。财物控制人委托行为人保管其财物,或因强制被迫将财物交给行为人,或因欺骗自动将财物交给行为人,只可能是侵占、挪用、敲诈勒索、(胁迫下的)抢劫、诈骗等行为。当然,"由拿而得"的行为不一定都是盗窃行为,抢劫也可以是拿而得之,只是以暴力或麻醉等其他手段(而非秘密)实施;抢夺完全是拿而得之,只是以公然的方式(而非秘密)实施;然而,盗窃行为一定是行为人从财物控制人那里拿到财物的行为,而不是由财物控制人交出财物而得到财物的行为。第四,行为人可以先拿到后损毁,但不能是"不拿不得"。行为人先行控制他人财物尔后加以损毁,同时存在盗窃行为和毁坏行为,分别涉嫌盗窃罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪等,无论其间是否形成牵连或者吸收关系,盗窃行为都已经独立存在。然而,故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪中的毁坏行为并不都以盗窃行为为前提,有的行为人并不先行控制他人财物,而是在他人占有之下直接加以毁坏,属于"不拿不得",与盗窃行为无关。

可见,盗窃行为的本体样态是"由拿而得","拿"与"得"缺一不可,是行为人对财物施加作用力致使财物脱离他人控制而转为自己控制的完整因果过程。"得"是占有,"拿"是"得"的原因。特别需要强调的是,"拿"完全是行为人以积极手段接触财物并直接对财物施加(物理)作用力的作为形式。也就是说,财物占有状态发生移转的整个过程都由行为人的作为使然,而不能是不作为(如甲把手机忘在了乙的住处,不能说甲盗窃了乙的手机),也不能是行为人的作为加财物控制人的作为(如甲、乙两个成年人把乙家的电视机抬到甲家,不能说甲盗窃了乙的电视机)。借此,加上盗窃行为必须具有的非法性和秘密性,便可判断许霆的行为是否构成盗窃。

二、许霆案是否符合盗窃行为要件之分析

根据广州市中级人民法院在重审判决书中的事实认定，许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元，无意中输入1 000元的取款指令，自动柜员机(ATM)随即出钞1 000元。许霆经查询发现其银行卡中仍有170余元，意识到机器异常，于是在3个时段分别向机器输入1 000元或2 000元取款指令共170次，总耗时1小时零8分钟，累计取款174 000元。该数额中，174元是经银行扣账的许霆存款，其余173 826元是许霆承担盗窃罪刑事责任的数额。

(一) 许霆的行为是否具有盗窃罪行为要件所要求的非法性？

"许霆用自己的真实身份证办的银行卡，拿自己的卡按照合法的程序取得钱。"①这是认为许霆不构成盗窃罪的许多辩护者提出的最有代表性的理由。言下之意，许霆的取款行为是合法的，不可能成为犯罪。笔者以为，这样的理由过于笼统。仔细分析，许霆的取款行为由两部分组成：一是将银行卡插入ATM机；二是输入取款数额。前者完全合法，许霆有权在ATM机上使用以真实身份合法办理的有效银行卡；后者却值得研究——使用不具备透支功能的银行卡，许霆有权输入超过自己存款余额的取款数目吗？上述辩护理由回避了这个问题，而司法机关追究的正是超额部分，因此缺乏说服力。

非法即违法。违法是违反了法律规定，法律规定有禁令和命令之分，违法行为相应有作为与不作为之别。违反禁令是作为的违法行为，行为人做了法律不允许做的事情；违反命令是不作为的违法行为，行为人未做法律要求做的事情。盗窃行为只能是作为形式的违法，应当是违反法律之禁令的行为。那么，许霆输入超额数目的行为是否违反了法律的禁令而违法呢？回答这个问题必须澄清一个误区：法律没有明确允许就等于禁止。这与法律调整机理及事实上的范围不符。从调整机制看，法律对社会生活的干预是有节制和有分寸的——所谓节制，就是有的行为完全不在法律的干预范围，谈不上合法与违法，例如，人们日常在自己家中的吃、喝、拉、撒、睡等动作及姿势，都不存在法律允许和禁止的问题，也无所谓合法与违法；所谓分寸，就是不同行为受到法律干预的程度也不一样，同样是不被禁止的行为，有的符合立法者认同的价值，法律予以明确的允许，有的不符合立法者的价值取向，法律只采取了默认的形式，因此，在明确的允许和禁止之间，并不是绝对的非此即彼关系，中间还有默许，例如，避税行为没有得到法律明文许可，但也不属于违法，是钻了法律的空子，是立法者无奈的默认。

超额输入取款数目的行为肯定没有(也不可能)得到法律的积极支持和明文许可，但根据上述道理，这不等于该行为就被法律禁止，因为还存在默认情形。在罪刑法定

① 李梁、袁媛：《对于"许霆案"的几点刑法学思考》，载《法制与社会》2008年第9期。

原则之下,一种法律禁止的行为与犯罪相关联,则该行为必须由法律明文禁止。如果该行为没有被法律明文禁止,它就不能被禁止,就只能是被法律所默许。对于不能透支的银行卡,法律的确没有明文禁止持有人超额输入取款数目的行为,因为银行不会为该种行为提供钱款,取不到钱的超额输入取款数目的行为是没有意义的,法律无须禁止一个没有利益得失的行为。也许有人会说,许霆当时用的那台机器是能够超额取钱的,而且他本人通过无意输入超额数目的行为知道了这种异常情况。的确如此,但这仅仅是一个异常的事实而已,它不能说明法律是否禁止这种事实。立法根据事物的一般规律性来设定允许和禁止。使用不能透支的银行卡和ATM机之间的正常关系是:在存款余额内输入取款数目可得到款项;超额输入取款数目不会得到响应。根据这个一般规律,立法者没有必要禁止超额输入取款数目的行为。法律上没有禁止,则现实发生了该种行为,照样属于不被禁止之列。至于行为人知道机器出现异常而取款,只是表明行为人有主观"恶意",而"恶意"不能改变客观行为本身不被禁止的属性,不过是"恶意"实施一种不被法律禁止的行为罢了。试想,如果许霆将取出的超额款项立即交给银行,人们还会认为这种超额取款的行为是被禁止的吗?我们还可以比较一下法律对可以透支的信用卡的态度。信用卡透支是有限度的(限额和限期),法律允许在限度内透支,不允许超限透支——善意超限透支是违反民商法的行为,恶意超限透支可构成犯罪行为。这反过来表明,不具有透支功能的银行卡,法律没有关注和评价其透支的行为,更没有追究该行为的任何法律责任。在现实生活中,面对成百上千个ATM机,成千上万的(不具有透支功能的)银行卡使用人中,难免有一些人会故意(甚至恶意)尝试输入超额取款数目,结果可想而知——通常都是无功而返、枉费心思。即便有人痴心地整天站在ATM机前反复往里输入超额取款数目,只要他没有妨碍他人取款和损毁机器设备,就不会被追究任何法律责任。这说明,输入超额取款数目的行为本身并不违法,追究许霆也不在于他实施了该行为本身,而在于取出钱款后不归还银行的占有他人财物的行为,因为这种占有是非法行为。根据我国民法通则等民商法律规定,无合法根据地占有他人财物产生返还义务,拒不返还便违反了法律义务而违法。然而,正如后文所言,拒不退还是不作为,不可能成为只有作为形式才能构成的盗窃行为。

总之,许霆的插卡行为是法律明文允许的行为,输入超额取款数目的行为是法律默许的行为,二者都不是法律明文禁止的行为,不可能成为犯罪前提之违法行为。

(二)许霆的行为是否具有盗窃罪行为要件所要求的秘密性?

盗窃行为的秘密性特征,在我国刑法学界是得到强调的:盗窃行为的秘密性主要以行为人对其行为是否秘密的主观判断(自以为财物控制人不知道)为准,这在我国刑法学界也是占优势的观点。对此,笔者没有异议。问题在于,许霆输入超额取款数目的行为是否符合秘密的标准?要回答这个问题首先必须弄清银行、ATM机和用户之间

的关系。ATM 机即自动取款机,又称自动柜员机,表明它是实现银行取款业务的自动化工具,是以智能机器中设定的程序动作取代银行柜台从事取款业务的专门人员。行为客户与 ATM 机打交道相当于与柜台业务人员发生关系。但是,柜台业务人员或 ATM 机都不是支付客户存款的主体。取款业务的双方主体是银行与客户,客户可以是个人,而银行则是一个单位,作为个人的客户可以手持存单或银行卡到柜台或 ATM 机面前实施具体的取款行为,而银行的支付行为则必须由柜台业务人员或 ATM 机代为进行。柜台业务人员的付款行为或 ATM 机的付款动作都代表银行。

明确上述道理,就可以反驳一种理由,那就是:许霆输入超额取款数目时,客观上银行并不知道,而且许霆主观上也确实认为银行不知道,因此许霆的行为是秘密的。乍一看,这似乎是事实——银行当时就知道了能不制止许霆吗?能不当场向许霆讨回巨款吗?其实,这种"事实"似是而非。"银行"是谁?银行的主观认识和客观行为何在?银行是一个组织,组织的行为和意志要通过具体的人员来表现和实现。在具体的取款业务中,这种代表银行的具体人员既不是董事长也不是总经理,而只能是与客户直接打交道的业务人员,ATM 机充当了业务人员的角色,也能并且必须代表银行,因为银行作为一个组织不可能直接与客户一起实施和实现取款。不能想象,没有任何业务人员也没有自动取款机,银行如何将存款支付给客户。所以,说许霆超额取款时银行不知道,说许霆主观上确实认为银行不知道,对于判断许霆的超额取款是否秘密是伪理由。这种理由把银行说成永远正确,只要出现差错,银行就是"不知道"。银行不出错的假定又是以银行不愿意出错的意志为虚伪前提的。这样一来,与银行发生纠纷的主体永远都是错误的一方,也永远没有必要把银行告上法庭,这岂不荒唐?其实,"银行"是抽象的,无所谓知道不知道,故以银行为对象的判断是毫无意义的。判断许霆超额取款行为是否秘密的对象应当是代表银行的柜台业务员或 ATM 机。因为银行的意志和行为必须要有具体的代表者。只有基于代表者的判断才是可行的判断。一名客户到银行的柜台前超额填写取款单,业务人员照单支付了这笔超额钱款,我们能说业务人员不知道客户填写的数目吗?能说该客户主观上认为业务人员不知道自己填写的数目吗?不要忘了,我们评价的行为正是超额填写。至于业务人员是否理解到这个数目的意义(可能误认为该数目在存折的余额之内),并不影响他已经知道了客户这个(包括数目的)填写行为,否则,他怎么会按照填写的数额支付呢?同样,许霆向 ATM 机输入超额取款数目,ATM 机接受了这个信息并照此支付。业务员和 ATM 机都是代表银行支付的,二者认可取款单或输入栏上的数额,代表银行对填写或输入行为的知道;客户向业务人员填写或向 ATM 机输入他们想要得到的数额,实际上是公然向银行索取超额钱款,未做任何隐瞒。这种行为怎么能是秘密的呢?

许多论者指出,许霆使用真实身份办理的银行卡取款,表明其行为不是秘密。否则,就会得出一个人在柜台上取款也是背着银行搞秘密活动的荒唐结论。这有道理,

但最多只能说明向业务人员出示存折或者向 ATM 机插卡的行为是公开的,还不是对此后的超额输入取款数目的行为是否秘密的说明。

(三)许霆的行为是否具有盗窃罪行为要件所要求的本体样态?

如前所述,盗窃行为的本体样态是“由拿而得”,据此分析许霆行为:占有巨额钱财拒不归还的行为虽然违法,但属于不作为形式,不能成为必须是作为形式的盗窃行为;插卡行为是作为,但由于银行卡真实有效,故使用它是合法行为;输入超额取款数目是作为,但笔者已在上文中分析,认为该行为不具有非法性和秘密性,从而否定它是盗窃行为,为了进一步分析该行为的本体样态,这里暂且退后一步——如果承认该行为具有非法性和秘密性,它是否在本体样态上符合盗窃罪的行为要件呢?

1999 年 1 月 5 日中国人民银行发布的《银行卡业务管理办法》第 5 章为“账户及交易管理”,其中,第 34 条规定“持卡人在还清全部交易款项、透支本息和有关费用后,可申请办理销户”;第 39 条规定“存取款、转账结算等各类交易所产生的电子信息记录,均为该项交易的有效凭据。发卡银行可凭交易明细记录或清单作为记账凭证”;第 40 条规定“银行卡通过联网的各类终端交易的原始单据至少保留二年备查”;尤其是第 36 条第 2 款规定“发卡银行应当对持卡人在自动柜员机(ATM 机)取款设定交易上限”,这都表明许霆在 ATM 机取款属于“交易”活动。广州市中级人民法院的重审判决书中,也确认了这一点:“银行发现被告人许霆账交易异常”,“自动柜员机交易情况进行电脑监控时,发现安装在黄埔大道西平云路 163 号的离行式自动柜员机在 4 月 21 日晚出现取款交易异常”,“经查看日志,发现该自动柜员机在 1 000 元以下(不含 1 000 元)取款交易正常,但对超过 1 000 元的取款交易,自动柜员机则按 1 元的金额形成交易报文向银行主机报送”,等等。作为“交易”活动的“取款”,是发生在银行与客户之间实现债权债务的双方民事行为。在兑现存单(存折)的业务中,客户凭存单(存折)这一债权凭证,向代表银行的柜台业务人员请求取款,柜台业务人员代表银行审核客户的存单(存折)和填写的取款单(包括账户、密码、存款余额、取款数额等)后支付钱款;在兑现银行卡的业务中,客户将债权凭证银行卡插入 ATM 机并以键盘操作输入信息,向代表银行的 ATM 机发出取款请求,ATM 机代表银行自动审核客户输入的信息(包括账户、密码、存款余额、取款数额等)后支付钱款。无论用存单(存折)还是银行卡,取款都是由客户的请求行为与银行的审核及支付行为共同构成的民事活动。客户不以特定行为向银行请求取款,银行不会主动支付;客户请求取款,但银行(是指代表银行的柜台业务人员或 ATM 机)不予理睬(如柜台人员到了下班时间拒收客户填好的取款单或者完全失灵的 ATM 机对客户插卡和输入数额毫无反应)、审核后不予认可(指客户的账户、密码、存款余额、取款数额等经人工或者机器自动查验未获通过)、认可后不予支付(这在柜台业务中发生的余地较小,但在自动取款业务中不排除机器异常而不能出钞的情况),客户都不能得到款项。也就是说,取款是由客户一方行使债权的请求行为

和银行一方履行债务的支付行为共同构成的双向民事活动,缺乏任何一方的行为将使债权债务不能得以实现。因此,向 ATM 机输入取款数目的行为只是取款活动的一部分——请求,仅凭该行为还不能得到钱款,还必须由 ATM 机自动审核取款请求后予以支付。

不难看出,许霆输入超额取款数目的行为不过是超额请求。他的请求以合法的插卡行为为前提,表明他享有(债的)请求权;他输入超额数目,表明他滥用请求权。这种超额请求行为是否违法或非法,尚可研究,但至少是没有合法根据的行为。然而,无论该行为是合法还是违法,要实现超额取款,同样需要 ATM 机的审核、认可、支付。ATM 机是银行雇请运营商按照符合法律的正确的交易条件和交易过程设置并加以维护的电子程序及机械功能设备,理论上是不可能超额支付的。但是,ATM 机在实践中会因为运营商设置或维护上的疏漏,出现不符合正确的交易条件和交易过程异常状态,即"出错",导致错误地认可和支付。因此,在 ATM 机"出错"的情况下,许霆要超额得到钱款,除了必须实施超额请求行为之外,还有赖于 ATM 机错误地认可和支付。也就是说,许霆超额取款是由他的超额请求行为和 ATM 机的错误认可和支付共同完成的。在严格意义上,机器内部的自动程序本身是无所谓对错的,无论该程序的设置及状态是怎样的,你输入一个符合该程序的指令它就认可,反之它就拒绝。我们说 ATM 机"出错",是相对于正确的交易条件和交易过程而言的,这里的对错不是物理判断而是法律判断。所谓 ATM 机"出错",实际上是运营商没有按照符合法律的正确的交易条件和交易过程的需要而设置程序,或者对于正确设置的程序未能精心维护以保持正常状态,是运营商出错。由于运营商受雇代表银行设置和维护 ATM 机,故运营商出错,最终归结为银行出错。从取款活动的双方主体来看,许霆超额取款是由他的超额请求行为和银行的错误认可和支付共同完成的,这显然不符合盗窃行为本体的样态特征——盗窃行为不仅是作为,而且必须是使财物脱离他人控制的作为,行为人之所以能得到财物(即控制财物),完全是因为其"拿"的行为而不能借助于对方"交"或"给"的行为。或者说,盗窃行为只是行为人一方完成的行为,而不是由行为人与被害人共同完成的行为。

既然许霆的行为不符合盗窃行为的本体样态,也不符合盗窃行为的非法性和秘密性特征(至少存疑),那么怎么能构成盗窃罪呢?

三、外国相关案例与许霆案的区别之比较

在许霆案件的热议中,有论者在互联网上介绍外国相关案例,借以发表对许霆是否构成盗窃罪的看法。其中,一日本案例和一英国案例颇为典型,分别代表了大陆法系国家和英美法系国家的做法。由于这些做法影响着国人对许霆案定性的态度,故有

必要比较分析。[①]

(一)日本案例与许霆案的区别

在日本,被告人X持卡到银行存款,银行工作人员误将日元写成美元,被告人发现后,分5次用该银行卡到自动取款机上取款,共得500万日元。此案由东京地方法院一审,认定为盗窃罪。但被告人和辩护人提出上诉。东京高等法院经第二审审理,1994年9月12日驳回上诉。主要理由是:存款账户的名义人和银行之间,是在前者有正当的取回权的情况下成立债权债务关系。本案中,由于银行操作失误,错将过剩的资金存入X的账户,X对该笔存款没有正当的取款权限,故取得这笔款,应成立盗窃罪。据称,"这是日本东京高等法院1994年9月12日的判决,这一判决被全文刊登在《判例时报》第1545号上,现已成为关于盗窃罪的经典判例。"介绍该判例的作者认为,许霆案与日本判例吻合,许霆也是没有取款权而恶意取款,应当构成盗窃罪。[②] 这是一个错误的类比。

银行卡是债权债务关系的凭证,案中日本的银行之错误出在办卡时,意味着该银行卡所显示的债权债务关系是无效的。行为人X并没有因为该卡而取得合法有效的取款权,使用该卡必然侵犯银行对财物(美元)的占有权。而在银行卡的使用中,X输入的款额并没有超过该卡的额度,ATM机也没有"出错"。X的错误并不是超额提款而是使用非法无效之卡。X无权使用该卡。与此不同,许霆的银行卡真实有效,并无瑕疵。案中中国的银行之错误不在于办卡,而在于给付出钞环节,ATM机发生异常。既然银行卡真实有效,许霆就享有取款权,有权使用该卡,插卡行为完全合法。许霆错在输入超额取款数目。日本判例的理由是:无取款权而取款就是窃取。这显然不适用于许霆案。许霆是有取款权而多输入取款数额。事实情况不一样,没有可比性。不可能由日本案例类推出许霆构成盗窃罪。上述类比的做法忽略了行为事实中不同环节的区别,混淆了无取款权与取款权的不当行使。这也是讨论许霆案时的通病——有两种相反的倾向:其一,只强调许霆输入超额数目的事实,将其认定为非法,进而,笼统地以此非法性否定许霆具有的合法取款权(即把许霆从插卡到输入数目的整个行为过程全部否定,评价为非法)。这等于说,一个人买了电影票,进到影院坐了别人的位置,就不能让他回位,而是把他赶出去。这显然不合理。其二,只强调许霆插进银行卡的事实,指出其合法性,进而,笼统地以此合法性肯定许霆超额取款也为合法(即把许霆从插卡到超额输入再到取得并占有巨款的整个行为过程全部肯定,评价为合法)。同样无根据。试想,买票进了电影院,就等于什么位置都能坐吗?

---

① 笔者未及核对案例材料及其来源,只是根据论者所介绍的内容加以分析,旨在通过案情及相关法律的比较,审视论者的比较以及就许霆案得出的结论是否妥当。

② 参见佚名:《发生在日本的"许霆恶意取款案"》,载szonline.net,《警示人生》,2008年4月14日。

（二）英国案例与许霆案的区别

2002年8月，英国一家银行（考文垂建筑金融合作社）电脑故障，导致其ATM机“狂吐”五天，不管人们输入什么密码，是否正确，取款机都会乖乖地吐出要求的金额的钞票。期间有人甚至往返20次取了成千上万英镑，银行总共被取走100多万英镑。朱伯特一家人取走了13.441万英镑，警察找到他们的时候，发现了一辆新车、一套新沙发和几张飞往牙买加的机票。47岁的朱伯特和他20岁的女儿被判15个月监禁，20岁的儿子被判12个月监禁，他45岁的妻子因为身体原因获得延期审判。[①] 这个案例能否说明许霆的行为犯了盗窃罪？仍然不能。

从上述案例的事实来看，与许霆案极为相似，都是ATM机出错，都是行为人输入不实信息，都是反复实施行为，都是取得了巨额钱款。但也有重要不同：许霆是在合法插卡基础上超额输入取款数目，而英国案例中有的行为人可能输入的是虚假密码。这个事实要求区分：那些像许霆一样使用真实有效银行卡进入机器的英国人，是有取款权的；那些使用假卡或使用他人真实银行卡进入机器的英国人，则是无取款权的。朱伯特夫妇及其儿女属于哪种情况呢？上述资料中没有介绍，我们不得而知，但毫无疑问，他们属于其中的一种情况。如果属于后者，朱伯特一家构成盗窃罪没有问题，无权取款而以任何方式进入机器取得钱款，在我国也构成盗窃罪，但许霆不属于这种情况；如果属于前者，则类同于许霆案，在我国不能成为盗窃行为，但在英国是否构成盗窃罪呢？这需要对英国刑法的盗窃罪做一点考察。

英国的盗窃罪（theft）是普通法上的罪名，由法院创立，其范围在原则上受到“非法拿走原主所占有的财产”这一要件的限制。后来，立法机关为了弥补司法实践中的空隙，创立了两个与盗窃罪相关的制定法罪名——侵占（embezzlement）和诈骗（false pretenses）。由于这三个罪之间存在某些微妙的模糊之处，给司法认定带来了困难。于是，在20世纪50年代提出了把三罪合并为统一的盗窃罪（theft）的建议，英国1968年《盗窃罪法》采取了这种做法。据此，除了行为人主动“拿走”财物的行为可以构成盗窃之外，还有两种情况亦可构成盗窃：其一，不归还存在失主线索的遗失物，如在一个人口不多的小镇上“捡到了”一匹马。其二，明知他人将其财产“错递”给自己，非但不纠正还接受财物，如对方因算错账多给了自己的钱，黑暗中对方错把金币当银币给自己，他人向自己还书时书中误夹了100元钞票，等等。[②] 可见，英国现代刑法中的盗窃罪重在非法占有，无论财物是否由行为人“拿走”，只要非法占有即可构成盗窃罪。盗窃罪是广义的，包括了传统上的狭义盗窃（非法拿取）行为，也包括财物不是由行为人“拿走”的侵占行为和不是由行为人“秘密”拿走的诈骗行为。不归还遗失物和接受错递财

---

① 参见康娟：《英国ATM机出错居民排队取钱》，载中国日报网站2008年3月21日。

② 参见储槐植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第227—230页。

物,实际上都属于侵占行为。因此,朱伯特一家即便是以合法银行卡超额输入取款数额,ATM机“错递”巨款,但只要他们拒不退还,完全可以构成(侵占行为的)盗窃罪。

许霆案的事实类似于英国的朱伯特案,但对许霆案只能以我国刑法来评判。如前所述,我国刑法中的盗窃罪是侵犯财产罪之一,但侵犯财产罪除了盗窃罪还有侵占罪和诈骗罪,三罪罪名不同,具有各自独立的犯罪构成,这表明我国的盗窃罪没有包括侵占罪和诈骗罪,盗窃罪只能是狭义的“由拿而得”行为样态。许霆的行为是侵占行为还是诈骗行为,这是需要另行讨论的问题,但肯定不符合我国刑法盗窃罪的行为要件。可见,以朱伯特案与许霆案事实上的类似且朱伯特案被认定盗窃罪的结论来推断许霆案也应定盗窃罪,是错误的逻辑。

讨论许霆案时涉及的另一个英国案例也值得一提:2008年3月18日,在英国东部约克郡赫尔市的多部ATM机出错,储户取出的钱是他们提取金额的两倍。人们知道后争相提款,在路边排队人数一度超过百人。英国银行的借记卡每日提款上限为300英镑,故当天提款最多的可能达到600英镑。但这些人并没有被警方追究,至多只是发卡银行根据取款记录将多取的钱款转成透支,要求他们退还。[①] 为什么这些人不像朱伯特一家那样被追究盗窃罪责呢?恐有两个原因:一是这些人的取款行为完全合法,使用自己真实有效的银行卡,输入的取款数额也在存款余额之内,是ATM机出错导致取一得二,不同的是,朱伯特一家遇到的ATM机是多输多取,他们获得超额钱款,表明超额输入取款数目;二是这些人得到超额钱款后还没有明确表现出拒不退还,却有证据表明朱伯特一家已在消费占有的钱款。当然,可能还有一个原因,就是这些人在无过错情况下的不当得利行为,首先是与发卡银行之间形成民事债权债务关系,如果银行因自己的过失导致客户不当得利而侵占其财产,因而放弃对债务的追讨,刑事警察就没有必要介入。银行与客户之间的债权债务关系更多是由私法调整,银行的损失也可通过保险来补偿,只要得到补偿,银行未必要花费大力气去向众多的不当得利者逐一追讨。

四、许霆案构成其他罪行的可能性之排除

许多论者都认为许霆的行为不是盗窃,但并非无罪,分别认为构成了诈骗罪、合同诈骗罪、信用卡诈骗罪、金融凭证诈骗罪、侵占罪等。对此,笔者未敢苟同。许霆案在多方面不符合这些罪的构成,这里仅分析其行为。

(一)许霆的行为不是诈骗

有论者指出,银行ATM机的法律性质是由银行设置、代表银行、代替银行工作人员与客户交易的拟制人,如同企业法人一样。许霆需要取款时,他可以选择到营业柜

---

① 参见康娟:《英国ATM机出错居民排队取钱》,中国日报网站2008年3月21日。

台交易,也可以选择到 ATM 机上交易,不管哪种交易方式,它们的效力、性质、法律后果是完全一样的,也只能是完全一样的。如果许霆到银行柜台交易,银行工作人员认识错误导致多付款给许霆的情况发生,这时候,尽管许霆利用了对方的错误,有非法占有故意也不可能构成盗窃。为什么银行把人工交易换成机器交易时许霆就构成盗窃了呢?许霆第一次取款多得到的钱是不当得利,此后多次取款行为是诈骗。因为许霆利用 ATM 机认识错误,隐瞒自己卡内余额不足的事实,多次取款,符合"采用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物"的法定情形。①

笔者非常赞同代表银行自动从事取款交易的 ATM 机可以被诈骗,例如,行为人用伪造的银行卡在 ATM 机上取款,就是使机器误假为真的被骗情况。但从法律上看,ATM 机可以被骗,还不等于这种事实属于诈骗行为。在 ATM 机为银行代理取款业务的意义上,它可以是一个拟制人,相当于银行柜台工作人员,但并不类同于企业法人,因为它在任何情况下都不能像企业法人那样成为独立的主体,也与柜台工作人员有所区别,因为它不能独立承担任何法律责任,其一切后果由银行承担,且银行无法向它追偿,柜台工作人员由于出错会受到追究。这样,把 ATM 机作为诈骗对象,便失去了进一步追究过错的实际意义。或许是这个原因,我国至今不把机器作为诈骗罪的对象,即便出现使用伪造的银行卡在 ATM 机上取款的行为,也只是看作盗窃的一种手段。

从事实来看,ATM 机可以被骗,还不等于许霆案中实际发生了这种情况。诈骗罪中的行为要件本体样态是"先骗人后得财",所谓"骗人",是以虚假的理由掩盖真实的情况,足以使财物控制人相信或者误认为他应当或者值得将财物交给行为人;所谓"得财",是财物控制人因上当受骗而"心甘情愿"地主动把财物实际转交给行为人控制。"骗人"在先,"得财"在后,且在"骗人"和"得财"之间,必须存在财物控制人受骗上当而认为自己应当或者值得将其财物交出、交给行为人,或者允许、同意行为人取得其财物的事实环节。总起来看,诈骗行为就是"骗人—受骗—交出—得到"几个因果环节构成的完整过程。这里的关键是"骗人"和"受骗",否则即使有"交出"和"得到",也和诈骗无关。以此对照许霆案会发现:

(1)许霆没有"骗人"。虽然许霆本人在输入超额取款数目时,很可能存在欺骗意图,但主观不能代替客观,要说许霆的行为具有客观的"骗人"属性,则该行为必须足以使他人受骗上当。实践中,可以把"足以"掌握在最低限度,但不能完全没有使他人受骗上当的可能性,更不能是以真相示人。许霆没有对自己的银行卡做任何手脚,将真实的 170 多元余额出示给 ATM 机,在此基础上超额输入取款数目,等于告诉 ATM 机他无权得到超额钱款,这样的行为怎能叫做"骗"?正常的 ATM 机都能轻易对比识别出

---

① 参见"忽然自我"(网名):《ATM 机不是人?再论许霆构成诈骗罪》,载 cctv.com 复兴论坛,2008 年 3 月 1 日。

这个取款要求属于超额并拒绝支付。许霆的行为好比,张三一边出示真实的身份证和工作证,却声称自己是李四;一边出示过期的电影票,却要求入场;明明光着身子,却说自己穿着时装,等等。这样“骗人”,不如说是自欺欺人。有人会问,许霆已经知道ATM机异常,超额输入取款数目的行为能够得到回报,事实如此,怎么能说他的行为不可能让机器受骗呢?笔者要反问:ATM机在事实上认可并支付了超额钱款,就能说明这是许霆骗人的结果吗?法院判决书告诉我们,“经查看日志,发现该自动柜员机在1000元以下(不含1000元)取款交易正常,但对超过1000元的取款交易,自动柜员机则按1元的金额形成交易报文向银行主机报送,造成上述情况的原因是运营商于2006年4月21日17时对该机系统升级后出现异常”。假设许霆在此之前输入超额取款数目,ATM机不可能发生响应,许霆的行为恰恰发生在“4月21日21时56分至4月22日12时34分”,即在这台ATM机已经产生错误的响应功能之后,这表明,对于正常的ATM机,许霆的行为不足以成为骗,ATM机系统本身不认可超额要求,许霆的行为不足以骗得超额钱款;对于异常的ATM机,许霆的行为不属于骗,ATM机系统本身就认可超额要求,许霆无需做假(伪造或变造银行卡等)而只需一个不属虚构不加掩盖的超额输入就能得到超额钱款。骗是采取以假充真、以假乱真等手段的行为,而不是直接把假的东西真实地呈现给对方的行为。许霆只是输入了明显不实的取款数目,并没有虚构超额钱款的理由,也没有隐瞒真实的余额,这怎么能叫骗呢?

(2)ATM机没有“受骗”。许霆输入100元数目,ATM机输出100元钱款,我们说这是正确或正常的;许霆输入1000元数目,ATM机输出1000元钱款,我们说这是错误或异常的,这都是相对于民事交易关系而言的。把这种关系的要求变成ATM机中的程序设计并按照这个程序的任何出款永远都是正确的。如果这个程序出现了不符合民事交易关系的地方,就是所谓的出错或异常,按照出错程序的任何出款都是错误或不正常的。但是,程序本身是物理结构和功能,无所谓对错。许霆输入1000元数目,机器输出1000元现金,是按这台ATM机内的程序进行的。输入1000元的行为并没有欺骗ATM机,恰恰符合它此时的物理结构和功能。一项体育竞赛的章程规定前三名凭奖状到财务部门领奖金,但具体发奖者误以为有奖状均有奖金,于是,当第四名要求领取时,发奖者立刻满足了他的要求,结果,其他第四名至第六名获得者见状也都去领取了奖金。这些人诈骗了吗?这些人得到奖金是发奖者受其欺骗的结果吗?显然不是。发奖者在这些人提出领奖要求之前就认为他们应当得奖。如果说这个认识是错误认识,那么这个错误认识根本不是这些人的领奖要求所致,即不是被这些人的领奖要求所骗,而只能是他自己的原因。同样,许霆输入超额取款数目时,作为拟制人的ATM机已经事先处在了“愿意支付超额取款”的错误认识状态,这种能够导致超额支付的错误认识状态不是由许霆超额取款行为所致,即不是被许霆的行为所骗,而只能是ATM机本身的原因——最终是设置和维护该设备的银行和运营商的原因。的确,

许霆利用了 ATM 机的错误，就像获奖者利用了发奖金者的错误一样，但利用不等于欺骗，也不能证明不实的要求是欺骗，对方事先存在尔后被行为人利用的错误恰恰证明了对方没有“受骗”。

因此，许霆案中不存在诈骗行为，不可能成立诈骗罪，也不可能成立任何以诈骗作为行为要件的罪名。

（二）许霆的行为不是侵占

一些论者也意识到许霆超额输入取款数目的行为不符合盗窃和诈骗的特征，难以构成盗窃罪和诈骗罪，于是把目光转向了得款之后据不退还的行为，认为这符合侵占的特征，构成侵占罪。根据《刑法》第 270 条，我国侵占罪的行为样态有 3 种：其一，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的行为；其二，将他人的遗忘物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为；其三，将他人的埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。ATM 机中的钱款明显不是埋藏物，故无人认为许霆的行为符合第三种情况。但有论者分别认为，许霆行为符合第一或者第二种情况。

一种观点认为，许霆的行为符合第一种情况。论者指出，关键在于对“代为保管”的理解——按照狭义理解，是“有明确委托关系而保管”他人财物，这样一来，许霆占有超额钱款的行为没有经过银行委托，不属于代为保管，也就缺乏侵占罪的前提；按照广义来理解，并不局限于明确委托关系而保管，还包括其他基于法律上或者事实上的原因（如租赁、借用、担保、承揽、运输、无因管理、不当得利等）而合法持有并管理他人财物，在（合法的而不包括非法的）不当得利情况下，受益人负有返还不当得利的法律责任，因此在返还不当得利前，受益人应对他人财物承担善良保管的义务，既然是代为管理，后来又拒不退还，即可构成侵占罪。论者采此说。① 的确，我国刑法学对于侵占罪的理解中已经不局限于狭义，但是论者对许霆案下的结论却存在问题：

> 在本案中许霆具有合法的取款人身份，他的每一次取款都是正常操作，与一般储户的取款行为并无两样，其行为本身都不违反法律规定，至于出现不当得利的结果的主要原因是 ATM 机存在技术故障，但该故障并非是许霆的行为造成的。许霆的第 1 次取款与其后的取款，在行为上都是一样的，行为本身不违反法律规定，唯一不同的是主观状态。……由此可见，许霆的取款行为不是违法行为，所取得的额外款项为合法持有，本案许霆的不当得利应该属于侵占罪的犯罪对象。②

在此，论者对许霆取款行为不具有违法性的结论，笔者是同意的。但这不等于说：第一，许霆超额输入取款数目的行为“都是正常操作，与一般储户的取款行为并无两样”。笔者认为，一般储户正常取款操作应当是在其余额内取款，这是法律明确认可的

---

① 参见李飞：《许霆案法律症结与肯要》，载 chinalawinfo. com 2008 年 7 月 31 日。

② 同上注。

行为;许霆超额取款行为既不是法律禁止的,也不是法律明文认可的,只是法律默认的。可见,虽然二者都不是非法行为,但并不完全一样。第二,超额取款行为不违法等于取款后占有钱款合法。这里存在微妙的概念偷换。超额取款是一个作为,取款后的占有是一个不作为,前者不违法并不代表后者合法。如前所述,超额取款行为是法律没有明文禁止和认可而只是默认的行为,该行为在不违法的意义上,也可以被认为是合法的。但是,这里的合法仅仅是对超额取款行为的判断。在取得钱款的一瞬间,取款行为已经完成,财物实现了占有上的移转——在移转之前,财物处于银行占有的静态;移转过程中,财物经历了(网络电子)空间位移(脱离银行控制区域转入许霆账户区域并输出机器直至许霆得到)的动态;移转之后,财物开始处于由许霆占有的静态。就是说,许霆占有钱款已经是取款行为结束之后的行为状态,对此,法律并没有把取款行为与占有状态笼统评价;相反,我国《民法通则》第92条规定:"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。"在"民事责任"一章的第117条进一步规定"侵占国家的、集体的财产或者他人财产的,应当返还财产"。这表明,法律对"没有合法根据,取得不当利益"的行为本身并不追究责任,但是要求"将取得的不当利益返还"。尽管许霆超额取款的行为可被视为合法,但取款结束之后的占有超额钱款之不作为,法律是不允许的。许霆从ATM机抽出超额钱款的那一刻,就进入了对钱款的非法占有。也就是说,无论超额取款是否合法,占有超额钱款都是非法。因此,不当得利中的占有总是非法的,这与租赁、借用、担保、承揽、运输、无因管理中的合法占有根本不同。刑法学界在这个问题上十分慎重,在承认广义的"代为保管"包括委托、租赁、借用、担保、无因管理的同时,恰恰没有列出不当得利,这绝非偶然,是因为"代为保管"他人财物而侵占必须是"行为人将自己业已合法持有的他人财物非法占为己有",不当得利后对他人财物的"持有"(占有)已经是非法的,不可能再出现"将自己业已合法持有的他人财物非法占为己有"的情形。① 对于我国刑法中由"代为保管"引出的侵占行为,学界普遍强调以"合法持有"为前提,实际上排除了不当得利构成侵占罪的余地。上述论者注意到了"合法持有"的前提,但对不当得利的分析发生错误,从而认为侵占罪包括不当得利的情形。前述英国刑法将错递情况下的不当得利犯罪化,而我国则将不当得利作为民事法律调整的范围,显得更为谦抑。究竟要不要向英国学习,值得研究。至少目前的我国刑法中,不当得利不构成侵占罪和任何犯罪。

另一种观点认为,许霆的行为符合第二种情况。论者认为,"自动柜员机出错……是一种计算机信息的'遗忘或遗漏'……许霆利用自动柜员机恶意取款后逃跑,就是一种恶意占有银行柜员机'遗漏'保管财物的行为过程。"事后,"也许当地司法机关限制

---

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(下)第二版,中国方正出版社2003年版,第1308—1310页。

了许霆的人身自由为其返还17.5万元造成了不便，但是律师介入后应当帮助或者提示许霆及其家人以'提存公证'方式返还恶意取款，而客观上没有。因此，许霆的行为客观上符合侵占他人财物的特征，构成侵占罪。"①这种观点把ATM机在出错情况下吐出的钱款解释为"遗忘物"，是极为牵强的扩大解释。侵占罪中的遗忘物是物主先遗忘，行为人后取得，遗忘财物与行为人无关，而在许霆案中，ATM机虽然先出错，但吐出钱款却是在许霆输入超额取款行为之后并与该行为要求有关，再说，ATM机吐出钱款让许霆得到并非因为自已遗忘，而是内部程序（错误）设置的记忆认可许霆的超额取款要求所致。至于"遗漏"，更是侵占罪立法中根本不存在的意思，完全是超法的。而且，许霆案中也不存在所谓钱款"遗漏"的问题。

我国侵犯财产的犯罪行为样态包括"窃取"（盗窃罪）、"强取"（抢劫罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、敲诈勒索罪）、"骗取"（诈骗罪）、"占有"（侵占罪、职务侵占罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪）、"损毁"（故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪），对此，许霆的行为都不符合，也就不构成相应的侵犯财产犯罪，也不构成以这些样态的行为为客观要件的其他相关犯罪，如规定在其他罪类中的以"诈骗"为行为样态的犯罪，因此，许霆的行为不构成我国刑法中的任何犯罪。

五、许霆案的定性及其理论与实践之误区

许霆的行为不构成犯罪，那么，应当怎样认定和处理？为什么实务界和学界会认为许霆构成了这样或那样的犯罪？在实体刑法的把握和运用上，有什么值得反思之处？

（一）许霆行为的定性

如前所述，许霆取款过程中的各个行为阶段都属合法，只是有的行为得到法律的明文认可，而有的行为只是被法律默认（超额输入取款数额）。许霆从ATM机的出款口拿到钱款的那一刻，合法的取款过程结束，对钱款的非法占有开始。合法的取款行为不为法律所禁止，且行为样态也不符合相关罪名的行为要件，不可能是犯罪，也不会被追究任何法律责任。非法占有他人财物不符合侵占罪行为所要求的合法持有财物的前提，不构成犯罪，但民法规定了返还责任，属于不当得利。

不过，学界对于不当得利的认识不同，影响着对许霆行为的认定。如果不当得利限于"善意取得"的情况，或完全限于被动得利的情况，则许霆的"恶意取款"和主动输入超额取款请求的情况就不能成为不当得利。② 显然，也不能认定许霆的合法（虽然是恶意）取款行为是侵权，侵权是典型的违法行为，且借助于对方给款的超额取款要求本

① 参见"中国法律指南"（网名）：《许霆案适用"侵占罪"是"罪行法定"原则的体现?》，载bbs.people.com.cn强国论坛，2008年1月22日。

② 参见李飞：《许霆案法律症结与肯要》，载chinalawinfo.com 2008年7月31日。

身也不符合侵权行为的特征。因此,如果否定不当得利,许霆占有钱款的非法性该如何体现?许霆返还钱款的法律依据何在?

笔者认为,许霆案还符合《民法通则》关于民事法律行为的规定。据第59条,"行为人对行为内容有重大误解的"民事行为,"一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销","被撤销的民事行为从行为开始起无效"。第61条规定"民事行为被确认为无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。"第60条规定"民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。"许霆案中,银行作为交易的一方主体,根据正常的交易关系设置ATM机,由于自己过错,未认识到机器已经发生异常,继续任由ATM机自动与许霆进行取款业务的双方民事行为,显然对自己(由ATM机代表)的审核和支付行为有重大误解。如果银行(运营和维护ATM机的人员)发现了ATM机异常,肯定会中止ATM机的业务运行,就不会与许霆之间进行民事往来而造成损失,没有这样做的事实表明,银行(代表银行的运营和维护人员)对于自己(由ATM机代表)的审核和支付之民事行为发生了重大误解。因此,银行可请求撤销其与许霆之间的民事交易行为,从而寻求许霆返还钱款。在许霆取得的钱款中,余额之内部分的交易有效,故无须返还。

总之,许霆案件在刑法上不构成犯罪,在民事上属于不当得利前提下的非法占有或者重大误解前提下的相对无效,都可以依照民法的规定处理。

(二)许霆案件的误区

一滴水见太阳,一件个案能反映出整个国家的司法水平和研究水平。许霆案透视出我国在刑事实体、刑事程序和刑事制度不同层面的一系列局限和误区,这里仅就实体刑法定罪标准及适用方面做简要检讨。

1. 对具体犯罪构成的理解还显得粗糙。笔者非常欣赏王世洲教授的一番话:"精确的刑法学理论,就像一把精确的尺子,可以用来厘定国家和社会在使用刑法打击犯罪和保护人民中的各种要求,由此满足保护人权和发展法治的种种需要……精确的刑法理论以及由此产生的精确的刑法规定,就是在为社会及其成员规定精确的自由程度。""很难想象,一个不严谨、不精确的思维方式能够产生和支持一部严谨、精确的刑法。但是可以预见,在不严谨、不精确的思维方式支配下,那些严谨、精确的刑法规定在实际运用中又可能产生什么样的效果。"①在许霆案中,我们已经看到了这种效果。在我国刑法盗窃罪中最基本的行为要件都没有理解清楚的情况下,法院认定了许霆的行为对盗窃罪构成要件的符合性并给出判决。假如能以"精确的刑法"来衡量,许霆也许正在家里喝茶。然而,对刑法粗放式的理解,即便不认定许霆犯了盗窃罪,也会认定

---

① 王世洲:《刑法学是最精确的法学(译者序)》,载〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版序页。

他犯了诈骗罪、侵占罪或其他罪,照样要蹲大牢。实践中类似许霆案的判决已不止一件,而不精确的刑法适用还可以在其他罪名上继续制造“许霆案”。

2. 社会危害性仍在直接对定罪起作用。社会危害性是犯罪本质特征,具有犯罪本质的现象才是犯罪——这本身不错,但社会危害性决定犯罪是立法规律,而司法是通过刑法规定的犯罪构成判断具体案件是否构成犯罪;犯罪构成作为一个系统整体体现社会危害性,案件符合这个系统整体就成立犯罪,就有社会危害性,社会危害性是司法判断的结论而不是犯罪构成之内或者之外的一个独立司法判断标准。由于种种原因,我国长期忽视了刑事立法与刑事司法的视角区分,习惯于在司法中直接用社会危害性作为决定犯罪是否成立的标准,从而削弱了犯罪构成的作用和地位,给法外入罪留下余地。许霆案正反映出这种根深蒂固的司法意识。从表面看,许霆取款在主观上有恶意,客观上是超额,司法者似乎把握了盗窃罪的根据(尽管它不精确且错误),其实不然,追究许霆实际上是看重他非法占有巨额财产拒不退还,侵犯他人财产权利,具有严重社会危害性。事实上,类似情形中的客户及时归还,不仅不受刑事追究,甚至还得到奖励。① 促使司法机关追究和定罪的内在动力不是许霆主客观相统一的超额取款行为,而是非法占有巨款具有严重社会危害性,而没有精确研究侵占罪的司法机关又认为许霆行为明显不符合该罪②,却看到导致许霆侵占的超额取款达到了主客观相统一,自然便认为找到了最符合案情的罪名——盗窃罪。司法者从非法占有行为的社会危害性先入为主得出犯罪结论,再到超额取款行为中填补犯罪构成。从社会危害性出发找罪名,正是张冠李戴导致错位的原因。在司法者头脑里,行为具有严重社会危害性,符合犯罪本质特征,不治罪怎么行?就连许霆的律师也有这种潜意识,竟然不符身份地认为许霆(虽不构成盗窃罪)构成侵占罪。③

3. 打击犯罪与保障权利仍不够平衡。司法者看到许霆的非法侵占行为不符合侵占罪的特征,为什么还要牵强附会地寻找其他罪名呢?很难说没有受到传统上一味强调的“打击”意识的影响——打击犯罪、维护社会秩序比保障个人权利更要紧。因 ATM 机出错而超额取款的许霆被判刑,云南的何鹏被判刑④,宁波的唐氏兄弟被提起了公诉⑤,等等。然而,因 ATM 机出错而非法占有客户款项的银行,却无人追究。北京的武女士把 8 千元现金存入 ATM 机后,吐出的交易明细凭条上竟然是空白,经查询并未划

---

① 参见李一川等:《取 500 元 ATM 机吐出 800 银行欲奖励指出漏洞储户》,载《大河报》2008 年 3 月 10 日。

② 许霆案的讨论中持侵占罪观点的论者很少。其实,正如本文所分析的那样,许霆案与侵占罪尽管不吻合却十分近似。

③ 参见杨玉成:《罪与非罪——许霆案定罪量刑的法理分析与预测》,载 www. LawExpert. cn,2007 年 3 月 7 日。

④ 参见王毅:《云南版许霆案主人公何鹏拟向最高法院申诉》,载 xs. gd. cn, 2008 年 5 月 26 日。

⑤ 参见陈霞芳、高凯:《兄弟俩趁 ATM 机故障转账 200 万被以盗窃罪公诉》,载《现代金报》2008 年 4 月 2 日。

入账内,后来银行给的说法是要过数日后才能解决,害得武女士还要为这笔房贷交滞纳金。[①] 郑先生往 ATM 机存入 1 万多元,打出的凭条也是空白。[②] 深圳的吴先生在自动取款机取款 1 000 元,取款机“吐”出凭证却不“吐”钞票,屏幕显示取款成功,借记卡也显示成功扣款。[③] 事实上,郑先生当时就给警方打了电话,警察赶到只是帮助保护证据,陪着郑先生与银行联系交涉,当银行工作人员反复推诿,无人及时过问时,警方并没有介入,而是“实在没办法,他们只得作罢”,郑先生叹道:“机器吞了我的钱,银行也不着急;万一是机器失灵,显示我多拿了银行的钱呢?”[④]这种担心绝非多余。真要是那样,银行找不到郑先生而报警,警方会怎么做呢?许霆案表明,警方会立即立案侦查。在 ATM 机故障的情况下,司法介入的积极性与银行着急的程度成正比。在作为个体的消费者与作为组织体的银行(尤其是国有银行)之间,司法的天平明显向后者倾斜。

---

① 参见李环宇:《ATM 机故障吞掉房贷 8 000 元　不按期入账又交纳滞纳金》,载《北京晚报》2008 年 4 月 30 日。

② 参见许明等:《ATM 机故障“吞走”1 万多元　银行:3 个工作日内专人处理》,载 www. nhxxg. com,2008 年 4 月 20 日。

③ 参见龙江:《自动取款机吐出凭证却不吐钞票》,载 yahoo. com. cn. 侠客,2008 年 4 月 30 日。

④ 参见许明等:《ATM 机故障“吞走”1 万多元　银行:3 个工作日内专人处理》,载 www. nhxxg. com,2008 年 4 月 20 日。

“许霆案”浅析

田文昌*

许霆案件反映出来的是一个新问题,对于新问题当然就要用新的思维方式来加以分析。总的来看,这样的行为肯定是有社会危害性的,既违背道德,也违背法律,其获取财物显属不当得利,这一点是不应有争议的。至于在刑法层面上应当如何定性,要结合法律条文的具体规定来加以分析。如果说这种行为构成犯罪,不外乎是三种情况:一是盗窃罪,二是诈骗罪,三是侵占罪。目前社会上争议的观点主要也是涉及这三个罪名。

一、许霆能否构成盗窃罪

盗窃罪的基本特征是秘密窃取财物。有观点说,从广义上讲,也不一定非要秘密取得。笔者认为不对,因为既然还称之为盗窃罪,那么“窃”字的含义就包含了秘密的意思,“窃”字核心的含义是“私自,暗中”,所以,没有秘密取得,就不能称之为“窃”。

在本案中,行为人用自己的卡在取款机取款时,既未在卡上做手脚,也未在取款机上做手脚,完全是按照正常和正当程序操作。这说明他没有实施法律明确规定的盗窃手段,也就是说并未有秘密窃取的行为。在此情况下,虽然他具有占有这笔不义之财的动机和结果,但是依照罪刑法定原则,认定为盗窃罪显然是勉强的。

打个比喻,如果把银行卡视为他自己的钱柜(或银行保险箱),他随时取用自己钱柜里的钱当然是正当的,而如果他窃取了别人的钱装进自己的钱柜则是盗窃行为。但是,如果是别人主动将钱错放进了他的钱柜,他在取钱时多拿了明知是不属于他自己的钱,这种行为就不符合盗窃罪的特征了,因为他并没有实施法律规定的盗窃罪的手段。

实际上,本案中的情况就像大钱柜与小钱柜的关系。行为人的银行卡好比小钱柜,银行的柜员机系统好比是大钱柜,按照设计好的程序,银行根据存款人存款的数额将大钱柜的钱分放到存款人的小钱柜。但是,由于系统故障,大钱柜往小钱柜放钱时放多了,或者是大钱柜流向小钱柜的通道出了漏洞,有一些钱流进了小钱柜。这种情

* 北京市京都律师事务所主任,全国律协刑事专业委员会主任。

况与柜台操作人员在储户取款时多数了钱是一个道理,过错并不在于取款者。而且这种现象也并不罕见,但并不可能将占了便宜的取款者行为定为盗窃罪。

有观点认为,第一次占便宜可以不定罪,但他明知有故障以后又屡次取款就不同了,因为他有了非法占有的目的,就应当构成犯罪了。但问题在于,它虽有非法占有目的,却没有盗窃的手段,不当得利、欠债不还不也是非法占有吗?再想想,假如柜台操作人员连续出错,被取款人察觉后又故意利用其弱点连续取款,连续占便宜,就可以认定取款人构成盗窃吗?显然也不能,理由还是他没有实施盗窃的手段,而只是利用了对方的失误。

二、许霆能否构成诈骗罪

根据刑法规定,诈骗罪的基本特征是虚构事实,隐瞒真相,骗取公私财物的行为。在本案中,判断行为人的行为能否构成诈骗罪,关键看其有无实施符合诈骗犯罪构成要件的虚构事实、隐瞒真相的诈骗手段。

从本案的具体情况来看,行为人用自己所有的真实的银行卡按照正常程序在柜员机上取款,并未在银行卡和柜员机上做任何手脚,同所有的持卡人所进行的程序并无二致,这说明他没有虚构事实,也没有隐瞒真相。因为如同对操作人员对话一样,银行卡中所显示的各种数据是真实的,就等同于行为人对操作人员讲的话也都是真实的。而柜员机读错了卡,或者是在其他环节出了问题,就如同操作人员出了差错。那么,因受骗而上当与自行出现差错,这两种情况显然不应导致同样的法律后果。

有人或许会说,不能说本案中的行为人没有虚构事实、隐瞒真相,因为他明知自己卡中没有那么多钱,还多次输入并不存在的取款数额,这种行为至少也是隐瞒真相。但是,当我们对"事实"和"真相"加以深入分析之后,也许就会得出另一种认识。

何为"事实"?事实即是一种客观存在;何为"真相"?真相即是本为真实的情况。那么,对于用银行卡取款的人而言,在柜员机上取款时,就只能用银行卡说话,将银行卡插入机器时,就是在用事实说话。那么,何为"事实"?银行卡上所记载的数据就是事实;何为"真相"?对银行卡未加变造就是真相。由此也可以说,在用真实的银行卡在柜员机上取款时,持卡人根本就没有条件去虚构事实和隐瞒真相。

至于说到行为人输入的取款数额超出了卡中的余额,这种情况与前面所讲的虚构事实和隐瞒真相,恐怕不应当混为一谈。因为,输入取款的数额应当是一种请求权,而并非是一种对事实的陈述。比如说某人递上一个将1万元改写成10万元的存折,要求取款10万元,那显然是诈骗。但是,如果有人递上一个明明写着只有1万元的存折,却提出取款10万元,就不能说他是诈骗。因为他提供的情况是真实的,他并没有欺骗任何人,而只是提出了一个虚妄的请求。在现实生活中,如果我们遇到前一种人,都会说他是一个骗子;而如果我们遇到后一种人,就会说他是一个疯子,但疯子并不等于

骗子！

由此看来，本案中的情况也不符合法律规定的诈骗罪的特征。

三、许霆能否构成侵占罪

根据现行刑法规定，侵占罪包括将他人的遗忘物非法占有，拒不交出的行为。严格地说，由于柜员机故障导致银行卡里多出来的钱能否视为“遗忘物”？银行的财产能否解释为“他人的财产”？也还值得进一步探讨。但是，从本案行为的基本特征来看，行为人在非法取得不当财物之后，如果还具备占有后又拒不交出的条件，认为其符合侵占罪的特征，还似乎有些道理。因为，侵占罪所强调的不是取得财物的手段，而是拒不交出的后果。

在分析了本案行为与前述几种罪名的关系之后，不能不提出一个社会效果问题。因为法律的功能在于以约束和保护的方式维护社会秩序，保持社会稳定。所以，社会效果也是衡量法律效果的标准之一。那么，本案如此备受关注且备有争议的现象就不能不引起法学家的高度重视。从责任分担来看，智能性机器出了故障固然是一个新问题，但在此问题上金融机构的责任应当如何看待呢？从社会效果来看，年轻人挡不住意外之财的诱惑而获取了非法利益，显然有违道德，但是否就一定要定罪重罚呢？即使一定要处罚，在法无明文或者法条不明确的情况下，能否放过一马，以补充立法的方式来弥补漏洞呢？例如，对此类行为补充规定新罪名，既可作为一种轻罪，又可警示后人，实现先教而后诛的原则呢？

无独有偶，英国曾有两个案例与本案极为相似，但不仅众多的取款者未受刑事追究，银行也并未索回损失，而是自行承担了责任。作为一个老牌的法治国家来讲，这种做法是否违背了法治原则？抑或体现了法律的谦抑性？哪一种结果会形成更积极的社会效果呢？这个问题的确是值得研究的。

也谈许霆案件

孙 平*

自许霆案件被报道以来，引起了社会的广泛关注。笔者对这个案件的定性问题也做了反复思考，认为许霆案件还是不构成犯罪，应通过民法予以解决。社会各界对许霆案件展开的辩论和争论，丰富了笔者对这个案件的认识，开阔了思路，但是关于许霆有罪的论述还是没能让笔者摆脱民法“情结”。许霆案件经一审、一审重审、二审终审和最高人民法院的核准已尘埃落定，关于这个案件的讨论似乎并没有因此而降温。笔者有幸参与到继续关于许霆案件的法理争鸣中，表达一些在大多数刑法学者看来可能是“匪夷之见”的想法。

一、许霆案件是否可以通过民法予以调整

有的学者认为许霆案与仓库看守人睡觉了或疏于管理而被盗的盗窃案同出一理，或将该案比作某行人由于粗心大意将钱包里的钱露出口袋而引来小偷的盗窃案件。笔者认为这些比喻或举例不甚恰当，因为他们忽视了许霆案件所发生的背景。

《中华人民共和国商业银行法》第4条第1款规定，“商业银行以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营、自担风险，自负盈亏、自我约束”。第5条规定：“商业银行与客户的业务往来，应当遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则。”第29条规定，“商议银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则”。由这些条款，可以得出，银行和客户之间是一种平等的商业服务关系。这种商业服务关系应建立在平等、自愿、公平和诚实信用原则的基础上。

许霆和银行之间是平等的商业交易关系，双方之间就存取款有一个前置的、基于公平和诚信的“契约”，存在一个商业服务与被服务关系，许霆案件是在履行契约的过程中发生的，因此应该在商业服务或商业交易这个背景下讨论。

关于这一点，笔者也同意这样的观点，“既然商业交易，就必然是平等主体间的自由交换，就应当遵循商业运作的原则和规范。只要其中不存在违反法律和规则的行

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。

为，就不应当动不动就搬出刑法来处罚对方。”[①]进一步讲，对于商业交易中的甲、乙双方，如果甲方发现乙方出现有利于自己一方的错误或瑕疵，在法律和规则无明确规定告知义务或停止交易义务的情况下，甲方恐怕没有给乙方指出错误的义务，也没有停止交易的义务。如果乙方的错误在前，甲方不存在违反法律和规则的行为，对乙方造成的损失通常由乙方自己来承担，甲方从中取得利益的按不当得利处理。在许霆案中，ATM 机的异常在先，许霆在取款中发现了 ATM 机存在有利于自己的异常又利用这种异常多次取款，从形式上不存在违反法律和规则的行为。但是每次取 1 000 元而仅在账上扣 1 元（其账上只有 170 多元）的交易行为明显地违反公平和诚信原则。许霆的“恶意”取款行为符合不当得利的四个构成要件：即（1）取得财产上的利益；（2）致他人受到损失；（3）取得利益与所受损失有因果关系；（4）无法律上的原因。[②] 但是“许霆后续的行为违反了民法的诚实信用原则，后续从 ATM 机上提取的行为，因主观上具有致使银行利益受损的目的，属于恶意受益，符合恶意不当得利的构成要件。基于其主观目的的恶意性，其返还责任应该较善意受益人有所加重。因此许霆除应将巨款返还给银行外，还应支付这段时间的银行利息；如果返还仍不足以挽回银行遭受的损失，还要进行损害赔偿。”[③]如果许霆在银行要求其返还而拒不返款的，可追究其侵占罪的刑事责任。[④]

许霆案件的讨论离不开其发生的前提条件，即 ATM 机出现了“异常”。银行经营的是“货币”，其业务的性质和特征就决定了银行应尽到保证交易的准确性和安全性的义务，如果银行未尽到准确和安全义务，就会影响到交易的公平与诚信。而 ATM 机所出现的异常，表明银行在监督管理方面存在漏洞，这个漏洞对于其经营的“金钱”来讲是一种“致命”的异常，因为，公平和诚信规则被打破了，其后果是钱将随时可以流向不该得到的一方：这里不仅包括许霆“恶意”取款的现象，也包括客户屡次正常请求取款，而 ATM 机拒绝支付或少支付的现象。因此，银行在运用高科技代替人提供服务时，更应尽到保证交易的准确性和安全性的义务。鉴于银行和许霆之间的商业交易关系和银行 ATM 机的异常在先，许霆“恶意”取款行为应由民事法律予以调整。

二、许霆案件是否构成犯罪（盗窃罪）

对于许霆是否构成犯罪（盗窃罪），可以从犯罪构成的主观方面和客观方面来探讨。

---

① 黄立、何田田：《比较法视野中的 ATM——以许霆案为研究线索》，载《法学杂志》2008 年第 3 期。

② 参见张俊浩主编：《民法原理》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 931—932 页。

③ 杨兴培：《“许霆案”的技术分析及其法理思考》，载《法学》2008 年第 3 期。

④ 参见许霆在潜逃期间，曾经同银行联系还款事宜，但被银行职员告知不管是否退回全部款项，均将被判刑。

从主观方面讲,笔者并不否认许霆利用ATM机的异常多次取款所表现出的贪欲,这种贪欲随着取款次数的增加也越来越“膨胀”,但是这种愈演愈烈的贪欲是否具有刑法所惩治的犯罪故意的危险性,是否应受到刑法制裁呢?笔者认为许霆的贪欲是在商业交易的背景下,以交易对方的异常或错误为前提、偶发的违背诚实信用原则的贪欲。这种贪欲与蓄意地破坏、改变ATM机的硬件、软件等恶劣行为而获取钱财所表现出的贪欲及其社会危害性有着本质的不同。因为后者表现为积极破坏银行的安全保护屏障而获取银行钱财的故意,刑法的介入应针对这些恶性行为和其表现出的贪欲,予以严厉打击。而许霆所表现出的贪欲是以合法的形式违背公平、诚信原则的贪欲,不是犯罪故意,因此没必要适用刑法。

从客观方面讲,盗窃罪的构成要件之一是“秘密窃取”。这也是许霆案件是否构成盗窃罪的焦点问题。秘密窃取是指行为人采用自认为不使他人发觉的方法占有他人财物。许霆使用自己的合法银行卡和密码按照合法的程序取钱,虽然取款的数额违背了公平交易、诚实信用的原则,但是却得到了ATM机的“同意”,自动将所要求的钱吐出。“就ATM机与银行的关系而言,ATM机是银行的一种交易工具和服务手段,它本身不具备任何独立性,代表和执行的只能是银行的意志和利益。”①因此,许霆取钱行为得到了“代表和执行的只能是银行的意志和利益”的银行的“同意”,因此也就不存在秘密窃取,从而不构成盗窃罪。

三、由许霆案件想到的问题

笔者认为,许霆案件具有偶发性和社会危害性小等特征,应该首先采用民事法律予以处理,当民法途径无法解决时,如拒不还款的情况下,再考虑刑法的介入。

许霆案所引发的另一些值得关注的问题,是如何减少和避免高科技在日常使用和服务中可能发生的错误,以及如何处理这些错误所引发的法律问题。

在经济和科技高度发展的今天,越来越多的高科技被应用于人们的生活。在这种服务与被服务的关系中,以人为本的理念对提供服务人在履行义务上提出更高的要求,尤其是在利用高科技的情况下,因为他们是高科技的设计者和机制规则的制定者,应更加注意尽到准确、安全、合理监督的义务。因为,如果机器不出错,就不会发生许霆这类案件。可以设想在许霆案发时,如果ATM机的存取功能出现异常,但预警机制健全,或者每张银行卡每日在同一台ATM机的最高取款限额机制仍然奏效的话,那么许霆案件也许会是另外一种状况。因此,有必要完善ATM机自身设计,加强ATM机自身预警机制,使得机器出现异常时能马上停止工作,提高其安全性能;并增加ATM机的告知功能,不仅要将“异常”及时告知银行工作人员,更应及时在ATM机屏幕上显示

---

① 黄立、何田田:《比较法视野中的ATM——以许霆案为研究线索》,载《法学杂志》2008年第3期。

出故障信息，提醒客户。

不过，人不可能不犯错误，机器也会出错。因此，在尽量减少 ATM 机出现异常的同时，我们有必要完善涉及 ATM 机交易的规则和立法，明确 ATM 机这类具有人工智能机器的法律地位和同客户之间的关系，明确交易双方的权利和责任。

法国“巴黎巴”(BNP PARIBAS)银行 2002 年 1 月版的“个人使用该行银行卡功能的条款”中关于银行责任的第 7.2 条是这样规定的，“BNP PARIBAS 银行对其直接监管的系统的错误运行给持卡人造成的直接损失负责。但是，对于机器已经通过信息显示或通过其他明显方式提示持卡人机器的支付系统存在技术故障，而持卡人的损失是由该技术故障造成的，银行对此不负责任。”笔者也见到过该家银行 ATM 机出现故障时屏幕上显示的故障提示，在看到这个提示后，恐怕就没人敢再将银行卡往这台 ATM 机里放了。

许霆案之规范评析与法理探讨

杨海威[*]　胡祥福[**]

备受关注的许霆 ATM 机恶意提款案,经最高人民法院核准为盗窃案、获刑 5 年。然而,该案多元的社会论争和法律评价及其本身所反映出的法与理之冲突,却难以一时平息。社会舆论对于许霆之思想、行为大多持否定评价,认为其违背社会公德作出了不耻之行为。但是,在法律上对许霆案件应当如何定罪与量刑,无论是理论上还是实务中,都存在较大的争论。以广州中院的一审判决为例,有论者认为判决合理、有利于维护良好的社会公序良俗,当然不排除有的论者是站在银行、商业企业的角度上来衡量;也有论者认为一审判决错误或过重,相比许多贪污受贿、渎职案件对国家造成巨大损失而言,该案对被告定罪、量刑失之过重。马克思主义法学认为:法作为上层建筑的组成部分是社会物质生活条件的产物①,同时法也积极地反作用于社会。马克思说:“社会不是以法律为基础,那是法学家的幻想。相反,法律应该以社会为基础。”②可以说,国家法以社会法为基础,“纸上的法”以“活法”为基础。正是通过与经济、科技、文化和政治等社会领域,以及政策、宗教、道德等社会规范互动,法律改造世界,维护人权。在司法实践中,“法官是法律王国的国王”,法律人必须忠实于法律,必须“以事实为依据,以法律为准绳”。法学家(包括法官)的任务,就是运用法律推理的方法,依照法律制度努力促成的价值,使法律的文字与精神协调一致。③ 易而言之,法律人对案件是非的法律评价,一方面必须严格遵守法律,另一方面在价值、利益、历史、目的的四维因素作用下作出符合宪法的原则和理想、达成各方利益之均衡、合乎历史与当代的目标和目的的价值判断。因此,从规范和法理的层面对许霆案件进行分析,就显得尤为重要。

---

* 南昌大学法学院刑法学硕士研究生。

** 南昌大学法学院教授。

① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社 2003 年版,第 61 页。

② 马克思、恩格斯:《马克思恩格斯全集》(第 3 卷),人民出版社 1960 年版,第 66 页。

③ 参见〔美〕史蒂文·J. 伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 54—55 页。

一、许霆案之规范评析

什么是犯罪？马克思在《德意志意识形态》一文中深刻地指出：犯罪——孤立的个人反抗统治关系的斗争[①]；恩格斯又补充指出：蔑视社会秩序的最明显、最极端的表现就是犯罪。[②] 这是从犯罪固有的、内在的本质上揭示犯罪的实质：犯罪是对统治关系的反抗和对社会秩序的反对。[③] 而历代统治者（包括资产阶级刑法学家）要么避开犯罪的阶级属性，谈论犯罪的实质是权利侵害，或者说是法益侵害，或者说是义务之违反；要么仅从形式上谈论犯罪是违法的行为，或者进一步说符合构成要件、违法的、有责的行为。[④] 马克思主义法学在论述犯罪时兼顾实质与形式特征。根据《刑法》第13条以及刑法理论通说，本质上犯罪是具有严重社会危害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性的行为；犯罪形式概念是从犯罪构成角度论述的，通说认为犯罪构成是刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必须具备的一切主客观要件的有机整体，是犯罪的社会危害性的法律标志。那么许霆的行为是否符合犯罪构成，这是罪与非罪、此罪与彼罪评价的唯一法律标准。

原审、重审之一审法院认定，许霆ATM机恶意提款行为构成《刑法》第264条盗窃罪，并符合该条第2款盗窃金融机构数额特别巨大的结果加重情节。重审一审判决较之原审一审在量刑上所以将无期徒刑改判为5年有期徒刑，广州中院刑二庭庭长甘正培释法时表示：重审法定刑以下量刑基于两点考虑：一是许霆（略去原文其名）的盗窃犯意和取款行为与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比，主观恶性相对较小；二是许霆利用自动柜员机出现异常窃取款项，与采取破坏性手段盗取钱财相比，犯罪情节相对较轻。……依照我国《刑法》第63条第2款之规定，酌情在法定刑以下量刑，需经最高人民法院核准。[⑤] 对此，不少论者认为值得商榷。

犯罪构成是对行为是否构成犯罪之定性的法律标准，同时又是犯罪之类型化，判断行为是否符合某一犯罪构成从罪刑法定或罪刑类推两个方向会得出两种迥然不同的结论。

（一）盗窃罪构成要件角度的评析

《刑法》第264条规定之盗窃罪，是指非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或多次盗窃的行为。对许霆案而言，许霆的行为是否构成盗窃罪，关键在于其是否符合盗窃罪的客观行为要求。对此，笔者以为，立足于罪刑法定主义，许霆的公然恶

---

① 参见马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第3卷），人民出版社1960年版，第379页。
② 参见马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第2卷），人民出版社1960年版，第416页。
③ 参见张文：《犯罪构成初探》，载《北京大学学报》1984年第5期。
④ 参见赵秉志主编：《外国刑法原理》，中国人民大学出版社2000年版，第60—63页。
⑤ 转引自 http://news.sina.com.cn/c/l/2008-03-31/231715263352.shtml，2008年3月31日。

意提款而后潜逃的行为是不符合盗窃罪之构成要件。罪刑法定主义本是17、18世纪欧洲资产阶级革命反抗封建司法恣意专断的产物,表达了自由、民主、人权等思想要求,现代被各国广泛地提升为刑法的基本原则,体现了人权保障和国家刑罚权的限制,表述为"法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚"①,具体内客为法律主义、禁止事后法、禁止类推、法定刑的明确性和刑罚法规的正当性等派生原理。法律主义要求将行为包摄于刑罚法规规定的行为类型中,但是可以根据判例、习惯、条理来确定某种行为是否属于刑罚法规所规定的犯罪行为。②

《刑法》第264条前段规定:盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃……问题是法条上盗窃罪概括的客观要件——盗窃公私财物在具体的司法实践中应如何理解?易而言之,什么样的行为是刑法之盗窃?客观要件主要由危害行为(包括手段、方式、经过)、危害结果、因果关系、对象、时间、地点等要素统一组成。高铭暄、马克昌在《刑法学》教材中表述:

> 盗窃是以秘密窃取的方式,将公私财物转移到自己的控制之下,并非法占有的行为…… 秘密窃取是指行为人采取自认为不使人发觉的方法占有他人的财物……即使客观上被他人发觉,也不影响行为性质的认定……秘密窃取行为概括起来主要有三种表现形式:其一,将可移动的财物,秘密转移到行为人控制之下,并且脱离财物所有人或持有人的控制范围。如将他人口袋里的钱包窃到自己的口袋里,把单位的钢材秘密搬运到单位外。其二,通过传输系统加以使用和消耗。例如盗窃电力、煤气、天然气,只要行为人启动开关,就认定为窃取行为。其三,以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制他人电信号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的。③

这里高铭暄、马克昌所指的其三表现,就是立法者针对较为特殊的、新近出现的盗接、复制电信号码等犯罪行为以《刑法》第265条予以明确化,法律这样规定的意旨是为了应对不断变化的犯罪形态、增强社会法制观念、避免法条的模糊性、防止司法恣意、擅断。对于条理上窃取行为的特征,可以作如下梳理:窃取行为得主动突破防线且通常具破坏性,而不是对方主动交出财物;窃取结果使对方对所有的财物至少是失去控制;窃取行为与对方失去财物之控制有相当因果关系;窃取对象是公私有形财物或无形财物;窃取行为选择在自以为可以避开他人注目的地点和时机。参考外国刑法,对盗窃罪也规定了类似的客观行为特征。例如,1997年1月1日起施行的《俄罗斯联邦刑法典》第158条第1款规定:偷窃,即秘密侵占他人的财产;第2款规定:非法潜入

---

① 陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,载《法学研究》1996年第2期。

② 参见赵秉志主编:《外国刑法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第21—26页。

③ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2005版,第558—559页。

房舍或其他储藏处的,从被害人的衣服、提包或其他手提物品中进行偷窃的;第3款规定:从输油管、石油产品管线、天然气管道内实施偷窃的(本款由2006年12月30日第283号联邦法律修订)。①

案中许霆之行为可以分解为:发现银行ATM机结算错误,非法提取巨额现金而后潜逃;侵害银行财产的危害结果;行为对象是银行现金;ATM机故障和许霆之行为与危害结果的发生相关。从行为之方式、手段、经过、对象、危害结果、因果关系等方面与条理上三种表现比较,除危害结果、对象、时空条件符合外,行为本身和因果关系方面存在本质的区别:许霆没有实施非法侵入计算机信息系统,破坏、修改存储、处理、传输的数据和运行程序。而银行ATM机自身故障过错,支付1000元、结算1元。如果不是银行ATM机过错,许霆不可能超额提款致危害发生。相反,没有许霆之行为,如果ATM机出现故障,他人类似行为同样会产生危害结果。从相当因果关系说来分析,ATM机本身故障作为决定原因与危害结果构成相当因果关系,许霆的行为只是作为条件。从必然因果关系说分析,没有ATM机过错,许霆之行为不可能导致危害结果。从条件说分析,双方的行为都是危害结果发生的条件,其中ATM机过错起着重要作用,而许霆行为的性质、地位、作用则取决于构成要件的其他条件满足与否。国内除了2002年云南何鹏案有类似判例外,司法上至少很难认定该种行为是刑法上之盗窃行为。广东省高级人民法院以事实不清、证据不足为由,撤销原审一审判决。从当时案件的侦查、审查起诉情况来看,案件事实其实已十分清楚、证据已确凿充分。只有这样推定,其实质说明构成盗窃罪事实不清、证据不足;至于社会民众对该种行为的评定更多的如前述各种说法。《大不列颠百科全书》中论述,如果某一刑法条文意义上或适用上模棱两可,则往往被赋予一种对被告人有利的解释。② 根据有利被告解释原理,许霆之行为是不符合盗窃罪之客观要件。根据主客观相统一原则,犯罪是主客观要件的有机统一,许霆案不成立盗窃罪。

(二)侵占罪构成要件角度的评析

《刑法》第270条规定之侵占罪,是指以非法占有他人财物为目的,将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交还的行为。有论者认为,许霆ATM机恶意提款、携赃款潜逃、拒不返还的行为可以分解为两大部分:第一部分是许霆恶意提款行为,对于这一部分行为视为占有他人财物;第二部分是许霆携赃款潜逃而拒不返还的行为,对于这部分行为作为侵占罪予以评价(对行为本身在

---

① 参见《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,北京大学出版社2008版,第75—76页。

② 《大不列颠百科全书》(英文版),第277页。转引自彭凤莲:《罪刑法定派生原则与罪刑法定原则变迁研究》,载赵秉志主编:《刑法学论丛》(第13卷),法律出版社2008年版,第149页。参见孙光俊:《罪刑法定原则论》,武汉大学1998博士学位论文,第20页。

整体性前提下作拆分学理上并无不可)。[1] 其理由是:许霆携赃款潜逃而拒不返还,主观上已具有非法占有他人财物之目的;侵害的客体是银行的财产权;客观方面,携赃款潜逃视为将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物,占为已有而拒不返还。主、客观两方面符合侵占罪之构成要件,认定为侵占罪。况且许霆行为之社会危害性较低、人身危险性较少,与侵占罪之罪量相当,可以处以5年以下有期徒刑。这不仅有助于惩罚犯罪人、预防再犯发生,同时也满足了部分群体的利益需求,符合普通民众的心理,达成法律效果与社会效益之统一。这样的理由其实也是不充分的。首先,客观上将恶意提款、携款潜逃视为将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物占为已有而拒不返还,这实质上还是类推解释,与罪刑法定之原则根本冲突;其次,刑法上代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物必须是行为人合法占有之,而许霆是非法占有银行的财物。所以,许霆案不宜定性为侵占罪。

(三)信用卡诈骗罪构成要件角度的评析

《刑法》第196条及《刑法修正案(五)》规定的信用卡诈骗罪,是指使用伪造、作废的信用卡,或者冒领他人的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡,或者利用信用卡恶意透支进行诈骗活动,数额较大的行为。按照2004年全国人大常委会《关于刑法有关信用卡规定的解释》的规定,刑法规定的"信用卡",是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。在此,本案中许霆的工资卡显然应当理解为刑法上的"信用卡"。许霆ATM机恶意提款行为是否符合信用卡诈骗罪构成要件?有论者认为,许霆恶意提取超出其应有账面余额的金额的行为可以认定主、客观上的恶意透支行为。其实这是站不住脚的,恶意透支,刑法上是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或期限透支,而经发卡银行催收后仍不归还的行为。许霆的"信用卡"本质上是普通储蓄卡,没有透支之功能。许霆的储蓄卡账面上的余额始终没有出现负值,而实际上ATM机千倍支付也不可能理解成恶意透支,许霆之行为是不符合信用卡诈骗罪构成要件。信用卡诈骗罪是一种金融诈骗罪,其本质是行为人以非法占有之目的,实施欺诈行为使金融关系相对一方陷入错误的认识,对方由于错误的认识而行使权利,交付资金、财产或金融工具。所以,许霆案不宜定性为信用卡诈骗罪。

二、许霆案之法理探讨

犯罪的本质是严重的社会危害性和人身危险性之二元统一,其中社会危害性是主

---

[1] 笔者认为行为是动态的概念,在不影响整体性的前提下,区分其部分、片段的性质、地位、作用并无不可。例如,犯罪论上行为有的部分、片段是构成犯罪客观要件的行为,另外一部分却是非构成要件之量刑情节,还可能有部分根本不作刑法之评价。但是,这并不表明笔者对上述行为区分定位观点的完全赞同,本质上许霆整体行为不成立侵占罪。

体在定罪中起主导作用,后者则在量刑中起重要作用。对于许霆在ATM机恶意提款、拒不返还、携款潜逃行为作出刑法立法论上的实质危害评价,关键是对其行为社会危害性和人身危险性的综合评析,而不应仅仅停留在主体的弱势地位、可以从民事解决等层面讨论。

许霆ATM机恶意提款、拒不返还、携款潜逃的行为,正如有论者之观点可以分解为两个阶段分别评价,而后再作出整体评价。第一阶段是许霆恶意提款行为。在这一阶段,许霆输入正确密码,利用ATM机故障结算错误,以非法占有之目的,提取超过余额的现金,数额巨大,严重侵害银行的财产权益,且合伙作案,具有一定的社会危害性,本身也反映出其人身之危险性。但是,有几点可以作为抗辩的理由:其一,许霆没有实施非法侵入计算机信息系统,破坏、修改数据和运行程序使其功能障碍以致差错;其二,银行ATM机自身故障结算差错且处于持续状态,民法上有自己过错自己责任之原则;其三,如上文之分析,从因果关系角度,银行ATM机本身故障是近因,而许霆之恶意提款行为仅在因果关系条件说中与之成为共同条件;其四,本质上许霆之行为造成的社会损害较局限、影响面较窄;其五,许霆行为偶然性大,且模仿和榜样度低,实际上一般他人也难以实施相类似的行为;其六,案件中许霆之不良人格形成是含有银行本身过错的外因。由于这几点理由,许霆第一阶段行为的社会危害性和主观恶性程度较低。刑法作为迫不得已的最后手段、各部门法的保障法,有其他规范足以调整行为时,就不需要动用这种最具外在强制的方法,以保障个体自由和市场经济的活力,此乃刑法之谦抑主义。现行的刑事法也体现了这条原则,《刑法》第13条最后部分规定,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪;《刑事诉讼法》第15条规定:有下列情形之一的,不追究刑事责任……情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的……因此,法理上许霆恶意提款行为可以不作刑法上的评价,其恶意占有公私财物,学理上和实践中可以归类于民事行为制度之不当得利或按物权行为无因性原理归属于侵权法上债之执行侵权。恶意提款本质上发生了非债清偿,原本双方170余元债权、债务,许霆利用银行ATM机自身错误,要求后者偿还17余万元,后者由于疏于注意,进行了多余清偿,许霆所受的17余万元无法律上之原因。

第二阶段是许霆携赃款潜逃、拒不返还的行为,可以类型化为:非法地占有公私财物,数额较大,经当事人和有关部门催讨、嘱其归还而拒绝返还,且逃避追究,情节严重的行为。这一阶段行为人之主观恶性和行为之客观危害较之前一阶段明显增大,本质上已构成非法占有为目的、攫取公私财物之类罪,理应定位于刑法分则第五章侵犯财产罪。我国刑法侵犯财产犯罪主要设置抢劫罪、抢夺罪、敲诈勒索罪、盗窃罪、诈骗罪、侵占罪;法国刑法主要设置盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、侵吞财产罪[①];俄罗斯刑法主

① 参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社2003年版,第106—117页。

要设置偷窃罪、诈骗罪、侵占或私自动用罪、抢劫罪、抢夺罪、敲诈勒索罪[①];英美刑法上主要有盗窃罪、诈骗罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、逃财罪。立足于我国,综观各国刑法的规定(大陆法系、英美法系、前社会主义国家法系)对于本案类似的侵犯财产犯罪具体定位于侵占罪是较为合适的,但是上述国家包括我国把侵占罪的前提都限定在合法地占有他人财物而后拒不返还的行为,只有印度、新加坡和马来西亚刑法规定:任何人不诚实地盗用动产或将任何动产转为己用,构成侵占财物罪。[②] 这三个国家的立法例是值得我国借鉴的,可以将侵占罪的客观要件修正为包括非法占有他人的财物在内的拒不返还行为,类似许霆的行为即可纳入侵占罪调整范围之内,性质上也符合罪刑均衡原理。

对许霆行为的上述评析,其实质涉及国家刑罚资源与其他社会控制资源的有效、合理配置问题,本质是刑罚权的谦抑与扩张。主权者在划定犯罪圈时总是综合考虑实际的不法行为的态势、文化传统、政治制度、经济体制、刑事司法能力、公众社会化程度和道德水准以及社会的承受力和容忍度等。梁根林指出,对于不具有常态性、普遍性的行为应当慎重犯罪化。立法者不能把偶然发生的、只具有个别意义的、例外特征的危害行为轻易地规定到刑法中,否则无异于将刑法沦为具体的惩罚命令而丧失其普遍性的本质特征;同样立法者也不能将某个短暂时期内由于特定原因而激发的、不具有稳定性和常态性的危害行为仓促地予以犯罪化,因为时过境迁,激发这类危害行为的原因消失后,危害行为也随之消失。[③] 付立忠概括为:设罪普遍性规则、增罪发展性规则、扩罪合理性规则。[④] 这里,许霆第一阶段行为就事件本身来评估,是带有较大之偶然性,也无法演化成为普遍性行为,且这类案件更多表现为许霆与当事银行的利益交织,对一般客体影响不大,宜定性为不当得利、或一般侵权行为,可由双方当事人解决其民事纠纷,或在治安管理处罚法框架内处理,体现刑法之谦抑主义。但是,对于之后许霆携赃款潜逃、拒不返还的行为,就其主观上分析,非法占有公私财物之恶性明显加深,客观上行为危害加大,即社会危害性与人身危险性加重,则有必要动用刑事制裁,且符合刑事责任不可避免原则、罪责自负原则、罪责刑相适应原则,达到惩罚犯罪、恢复正义、预防再犯之目的。

---

① 参见赵微:《俄罗斯联邦刑法》,法律出版社 2003 年版,第 336—341 页。
② 参见赵秉志主编:《英美刑法学》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 366 页。
③ 参见梁根林:《论犯罪化及其限制》,载《中外法学》1998 年第 3 期。
④ 参见付立忠:《论严密刑事法网的基本规则》,载高铭暄、赵秉志主编:《新中国刑法学五十年》,中国方正出版社 2001 年版,第 1587—1591 页。

【量刑聚焦】

许霆案的另类收获:特殊减轻制度的激活

陈兴良*

2008年3月31日,广州市中级人民法院重审许霆案,适用特殊减轻一审判处许霆有期徒刑5年。尽管各方面对这一判决尚存争议,但它大体上以一种合法的方式回应了公众对许霆案的关注。笔者对这一判决基本上持肯定态度,尤其引起笔者兴趣的是特殊减轻制度的适用。在某种意义上说,许霆案激活了特殊减轻制度,并使得这一量刑制度广为社会所知。

《刑法》第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”这就是我国刑法中的特殊减轻制度,它是从1979年《刑法》第59条第2款的规定修订而来的。

根据1979年《刑法》第59条第2款的规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚”。在司法实践中,由于对判处法定最低刑还是过重的情况界限不明确,存在较大的随意性。因此,在1997年刑法修订中,取消了“判处法定刑的最低刑还是过重的”规定,将“具体情况”改为“特殊情况”,并且将决定权收归最高人民法院。由此可见,1997年《刑法》对特殊减轻的适用在实体上与程序上都做了较为严格的限制。这一规定的立法初衷是把适用特殊减轻的案件限于涉及政治、外交等情况,而非一般性的判处法定最低刑还是过重的情形。但这一点并未在刑法条文中明文规定,因此在司法实践中,对极个别在法定最低刑内判处刑罚确实明显的罪刑不相适应的案件,也适用特殊减轻制度。

例如,刊登在最高人民法院刑一庭、刑二庭编的《刑事审判参考》中的程乃伟绑架案,根据我国《刑法》第239条的规定,绑架罪的法定最低刑为10年有期徒刑,一审法院以绑架罪判处程乃伟有期徒刑11年。二审法院经审理认为,该案不同于一般绑架犯罪,被绑架的对象系被告人的表弟,且事出有因,一审量刑过重,对被告人程乃伟应

---

* 北京大学法学院教授、博士生导师。

在法定刑以下减轻处罚,遂改判被告人程乃伟犯绑架罪,判处有期徒刑5年。本案依法报请最高人民法院核准。最高人民法院经过复核认为,被告人程乃伟虽然不具有法定的减轻处罚情节,但鉴于该案发生于亲属之间,犯罪情节较轻,被告人具有悔罪表现,对其依法可以减轻处罚,并可以适用缓刑。一审量刑过重,二审判决依法对被告人程乃伟减轻处罚,判处5年有期徒刑仍显过重,应予以改判。因此,最高人民法院判决被告人程乃伟犯绑架罪,判处有期徒刑3年,缓刑5年。这个指导性案例充分说明特殊减轻制度不仅对于涉及政治、外交等特殊情况的案件可以适用,对极个别判处法定最低刑仍然过重的案件也同样可以适用特殊减轻。

罪刑均衡是我国刑法的基本原则,它不仅是司法原则,而且是立法原则。在刑事立法过程中,对各种具体犯罪的法定刑设置,在一般情况下,是能够体现罪刑均衡原则的,但是在某些特殊情况下可能就难以体现罪刑均衡原则。因此,特殊减轻制度就为突破法定刑的下限提供了某种制度保障。笔者倾向于对《刑法》第63条第2款规定的“特殊情况”适当地做广义的解释,并不限于涉及政治、外交等情况,还应包括判处法定最低刑仍嫌过重的情形。许霆案就属于这种情形,许霆利用自动存款机的故障恶意取款,其行为构成盗窃罪,但考虑到自动存款机故障对于盗窃罪的诱发作用,而且在作案手段上并没有采取破坏性的方法,盗窃数额虽然达到司法解释所规定的特别巨大标准,但超过不是很多,在这种情况下,综合许霆案的主客观各方面情况,对许霆适用特殊减轻,是完全正确的。

特殊减轻应该慎用,但又不能不用,它对于保证个案公正具有重要意义。在许霆案原一审判决时,其实法官已经感觉本案判处被告人许霆无期徒刑确实有过重之感,但以为是已经依法判处法定最低刑,并没有想到通过适用特殊减轻,使得本案判决真正做到罪刑均衡。在发回重审以后,重审的一审判决适用特殊减轻,为本案的合理处理创造了条件。在这个意义上说,许霆案激活了特殊减轻制度,这是在许霆案改判以后,在获得个案公正以外在制度层面的另类收获。当然,特殊减轻在具体适用上仍然存在可议之处。例如,许霆案的法定最低刑是无期徒刑,在法定最低刑以下判刑,是否应该受10年有期徒刑这一格的限制?也就是说,能否减到10年以下,这都是值得研究的。笔者期望,通过许霆案使得特殊减刑制度在司法适用中逐渐完善。

许霆案减轻处罚的思考

张明楷*

许霆案被炒得沸沸扬扬，有多种多样的原因。其中一个重要原因是，社会舆论认为，对许霆判处无期徒刑实属畸重。案件发回重审后，法院对许霆减轻处罚，判处5年徒刑，二审法院维持了原判。但这一判决也遭到了两个方面的批评：有人依然认为法院对许霆量刑过重，有人则认为法院对许霆量刑过轻。可以认为，起初对许霆判处无期徒刑，是因为不明确减轻处罚的根据，也缺乏减轻处罚的意识；后来对许霆判处5年徒刑，则是由于没有掌握或者没有说明减轻处罚的方法。① 下面就这三个问题略作探讨。

一、减轻处罚的根据

"'为什么'刑罚是正当的根据，也是'何种程度的'刑罚是正当的根据。"②换言之，刑罚的正当化根据，就是量刑的正当化根据。量刑问题是刑法理论的缩影，旧派的报应刑论与新派的目的刑论的主张各不相同，前者强调刑罚与罪行本身相均衡，后者强调刑罚与犯罪人的危险性格相适应。

大陆法系国家一般采取并合主义，即刑罚的正当性由来于报应的正义性与目的的正当性。这明显反映在其刑法对量刑基准的规定上。例如，《德国刑法》第46条第1项规定："犯罪人的责任是量刑的基础，且应考虑刑罚对犯罪人将来社会生活产生的影响。"第2项规定："法院在量刑时，应权衡对犯罪人有利和不利的情况。特别应注意下列事项：犯罪人的犯罪动机和目的，行为所表露的思想和行为时的意图，违反职责的程度，行为方式和犯罪结果，犯罪人的履历、人身和经济情况，及犯罪后的态度，尤其是为了补救损害所作的努力。"《日本刑事诉讼法》第248条规定，在决定是否暂缓起诉时，应当考虑"犯罪人的性格、年龄和境遇，犯罪的轻重和情节，以及犯罪后的态度"。日本刑法理论与审判实践一般认为，这些因素也是量刑时必须考虑的情节。《日本改正刑

---

* 清华大学法学院教授。

① 本文所讨论的减轻处罚，仅限于酌定的减轻处罚，不包括法定的减轻处罚。

② 〔日〕平野龙一：《刑法总论 I》，有斐阁1972年版，第27页。

法草案》第48条第1项规定:“刑罚应当根据犯罪的责任量定。”第2项规定:“适用刑罚时,应当考虑犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节,并应当以有利于抑止犯罪和促进犯罪人的改善更生为目的。”瑞士、奥地利等国刑法都有类似规定。不难看出,这些规定一方面要求刑罚与责任相适应(量刑中的责任主义);另一方面要求刑罚有利于预防犯罪(与预防犯罪的必要性相适应)。这里的“责任”,应是指对客观的法益侵害性(客观的违法性)与主观的非难可能性(有责性)的综合评价。换言之,这里的“责任”是指罪行,体现的是报应刑论。而上述规定要求量刑时考虑预防犯罪的效果,则体现的是目的刑论。所以,量刑是否合适,取决于量刑是否与罪行相当,是否有利于实现预防犯罪的目的。

我国《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这一规定,实际上是要求刑罚的轻重必须与罪行的轻重以及犯罪人的人身危险性(再犯罪的可能性大小)相适应。与罪行的轻重相适应,是报应刑的要求;与犯罪人的人身危险性相适应,是目的刑的要求。其实质内容,在于坚持以客观行为的法益侵害性与主观意识的有责性相结合的罪行轻重,以及行为主体本身对于社会的潜在威胁和再次犯罪的危险程度,作为量刑的尺度。其出发点和归宿,都在于最大限度的发挥刑罚的积极功能,实现刑罚的正义和预防犯罪的目的。由于刑罚必须与罪行的轻重相适应,故可以防止为了追求预防目的而出现畸重的刑罚;因为刑罚必须与犯罪人的人身危险性相适应,“刑罚的严厉程度应该只为实现其目标而绝对必需”①,故可以防止为了追求报应而科处不必要的刑罚。

基于上述分析,我们可以明确,量刑时应否减轻处罚,应当在以下几个方面寻找根据:一是客观违法性的大小,二是主观有责性的大小,三是预防必要性的大小。② 那么,如何认识许霆案减轻处罚的根据呢?

第一,如前所述,客观违法性,是指行为对刑法规范所保护的法益的侵犯性。法益的重要性、对法益侵犯的程度(如是既遂还是未遂),是影响违法性的重要因素。客观违法性是为犯罪的成立奠定基础的条件,如果法益侵害轻微,当然不成立犯罪;如果行为对法益的侵害达到了值得科处刑罚的程度,但又明显轻于法定最低刑所对应的程度,则成为减轻处罚的根据。

一种观点认为,对许霆之所以可以减轻处罚,是因为本案的违法程度较轻,主要表现在许霆并没有非法潜入金融机构盗窃,也不是通过毁坏自动取款机实施盗窃,而是利用自动取款机的故障实施盗窃。但本文不完全赞成这一观点。刑法规定盗窃罪,是为了保护公私财产。在盗窃相同财产的情况下,盗窃方式并不影响违法性的程度。当

---

① 〔英〕吉米·边沁:《立法理论——刑法典原理》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第78页。

② 至于基于政策理由而减轻处罚,则不在本文讨论之列。

然,如果行为方式又侵犯其他法益,则另当别论。例如,甲在公共汽车上扒窃他人2000元,乙入户盗窃2000元。虽然两者对财产法益的侵犯相同,但由于乙另侵犯了刑法所保护的住宅安宁,所以,乙的行为因为侵犯两个法益,使其违法性重于甲的行为。但在这种场合,不是因为乙更为严重地侵犯了他人财产,而是因为乙另侵犯了他人的其他法益。仅从违法性的角度而言,由于乙的行为同时侵犯了两个法益,所以对其量刑会重于对甲的量刑,但这不是对甲减轻处罚的理由。许霆利用自动取款机的故障盗窃17万元,与X非法潜入银行盗窃17万元,在对银行财产法益的侵犯这一点上,没有区别,因为侵犯的财产法益相同。由于潜入银行本身在刑法上并不是一种侵害法益的违法行为①,故潜入银行与在自动取款机上盗窃相同数额的现金,在违法性上没有区别。倘若因为X潜入银行盗窃便比许霆多判1年徒刑,就意味着潜入银行就能被处1年徒刑,这属于违反罪刑法定原则的间接处罚。另一方面,与通过毁坏自动取款机盗窃银行17万元相比,许霆行为的违法性可谓较轻。但这不是因为许霆对银行财产法益的侵害较轻,而是因为前者另触犯了故意毁坏财物罪。所以,在盗窃罪的范围内,许霆行为的法益侵犯性并不轻于其他盗窃银行17万元现金的行为,缺乏减轻处罚的根据。

第二,有责性是指就客观违法事实对行为人的非难可能性。就成立犯罪而言,要求行为人具有故意、过失、责任能力,违法性认识的可能性以及期待可能性,此外还要求达到责任年龄;只要具备这些要素,就足以认定行为人具有责任。但是,在量刑时,行为人在何种程度上具备这些要素,则是需要考虑的。在本文看来,许霆的故意、责任能力与违法性认识的可能性,都不成为问题,不具有减轻处罚的根据,故只能在期待可能性问题上斟酌。

根据责任原理,只有当一个人本来能够以其他方式行动时,他才对他所做的事情承担责任。当行为人具有责任能力,认识到或可能认识到自己的行为会发生法益侵害结果,并能够认识到该行为被刑法所禁止时,就能够产生反对动机,不实施该行为。但是,"即使行为人认识到了犯罪事实,而且意识到行为是违法的,但当行为人不能根据这种判断抑制行为,即不能期待其实施其他行为时,就不能非难该行为,因此不能追究行为人的责任。这就是期待可能性的问题。"②缺乏合法行为的期待可能性时,行为人就不对其违法事实承担责任。与此相应,如果在具体情况下,合法行为的期待可能性减少,就表明非难可能性减少,可以成为减轻处罚的根据。期待可能性的有无与大小,与行为人实施犯罪的动因具有密切关系,而犯罪的动因取决于行为时的具体情况。刑法对犯罪规定法定刑,旨在使行为人对犯罪产生反对动机。但是:其一,"在一定的场合,……特别是当行为人内在的根源性的冲动,远远强于对法所预告的苦害的恐怖之

① 我国刑法仅规定了非法侵入住宅罪,而没有规定非法侵入其他场所的犯罪。

② 〔日〕平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第154页。

念时,反对动机的设定就是没有意义的。例如,在对生命的紧急避险这样的界限状态中,人的脆弱性与自我保存的本能是显著的。”①在这种场合,应认定行为人没有期待可能性,因而宣告无罪。其二,当行为人具有实施犯罪的强大动因,而且能够被一般人“理解”或宽恕时,那么,期待可能性就会明显减少,因而成为减轻处罚的根据。自动取款机的故障,不仅使许霆可以轻易获得不属于自己的金钱,而且其行为难以被银行与一般人发现,这一事实成为许霆实施盗窃行为的强大动因,使其产生反对动机的可能性有所减少。在此意义上说,许霆的有责性减少,因而可以减轻处罚。②

第三,刑罚的目的是预防犯罪,包括特殊预防与一般预防,预防的必要性当然影响量刑。首先,在量刑上应注重特殊预防,而不能过于重视一般预防。否则,就必然使犯罪人成为实现一般预防目的的工具,必然造成刑罚与罪行不相适应,从而伤害报应的正义性。例如,行为人实施了一种具有蔓延危险(他人可能效仿)的犯罪,但罪行程度以及犯罪人的人身危险性都比较轻微,本应判处较轻的刑罚;如果着眼于一般预防的需要,就会对行为人判处过于严厉的刑罚,使其成为一般预防的牺牲品。当然,在量刑时不应过于重视一般预防,不等于量刑没有一般预防的效果。刑法所指向的是一般人与一般事件,因而刑罚的制定所重视的是一般预防,量刑以法定刑为依据,当然也就具有一般预防的效果。另一方面,所谓量刑时不应过于重视一般预防的需要,是指量刑时不能出于一般预防的考虑而使刑罚超出罪行的程度,只能在罪刑相适应的范围内考虑一般预防的需要。但是,如果预防的必要性小,则可以低于报应刑处罚。这正是并合主义所要求的。

可以认为,许霆案的特殊预防与一般预防的必要性都比较小,可以成为减轻处罚的根据。一方面,许霆既是初犯,也是偶犯,更不是累犯,没有任何事实表明其再犯罪的可能性大。另一方面,许霆利用自动取款机的故障实施盗窃行为,得到了社会一般人的“宽恕”,既使一般预防的必要性减少,也使报应的必要性减少,因而可以减轻处罚。

总之,量刑与减轻处罚,都应在上述违法性与有责性的程度以及预防的必要性大小上寻找根据。对此,有以下几点值得说明。

第一,被害人的过错,不是减轻处罚的根据。被害人的过错引起被告人的犯罪行为的,一般是使被告人责任减轻或者特殊预防必要性减少的事由,而不是减轻处罚的根据。所以,在许霆案中,自动取款机的故障,不是减轻处罚的根据,而是主要说明许霆的期待可能性减少的附随事实情况。况且,在许霆案中,也难以认为银行存在过错。

---

① 〔日〕青井秀夫:《法理学讲义》,有斐阁2007年版,第59页。

② 从网民议论来看,许霆实施盗窃行为的动因可谓被一般人“理解”。不过,是否的确如此,或许存在疑问,但不在本文讨论之列。笔者也询问过不少人,一些人的回答是:“如果我遇到这样的情形,我也会这样做。”倘若以后国民的观念转变为不容忍许霆的行为,则不能认定许霆的有责性减少。

第二,对犯罪人有利的社会舆论,不是减轻处罚的根据。初审法官倘若预料到对许霆判处无期徒刑后会遭到社会舆论的强烈反对,就会想方设法判处较轻的刑罚。全案事实表明,社会舆论的确影响了对许霆的量刑。[①] 但是,这并不意味着量刑要以社会舆论为根据,并不意味着有利于犯罪人的社会舆论,是减轻处罚的根据。在许霆案中,社会舆论认为对许霆判处无期徒刑过重,是因为人们对许霆犯罪动因的"理解"。换言之,对许霆有利的社会舆论,表明认定许霆的期待可能性减少是正当的、合适的。另一方面,对许霆有利的社会舆论表明,即使对许霆减轻处罚,也能发挥恢复法秩序的效果,因而一般预防的必要性减少。所以,社会舆论只是引起法官斟酌被告人是否具有减轻处罚根据的线索。对此,有两点需要说明:首先,法官必须对社会舆论进行分析。例如,社会舆论是否建立在对案件真实情况的全面了解的基础之上;社会舆论是否建立在对刑法条文的了解的基础之上;社会舆论是基于何种理由得出结论;如此等等。无论如何,应当特别慎重对待网上议论,不可认为网上议论都是民意的真实反映。其次,法官不可能在量刑前,就量刑问题进行社会舆论调查,所以,法官必须不断地了解社会一般人的价值感与法感情。在社会变革的时代,法官尤其要注意一般人观念变化的迅速性。

第三,刑法的谦抑性,不是减轻处罚的独立根据。刑法的谦抑性并不意味着对于任何个案都首先考虑、判断能否按照民法处理,只有当民法的处理不能令人满意时,才适用刑法,也不意味着对任何刑事案件都首先考虑减免刑罚。换言之,虽然刑法的谦抑性既是立法原理,也是指导司法工作人员解释刑法、适用刑法的原理,但它不是处理个案的规则。一旦解释者在遵循罪刑法定原则的前提下,对刑法所规定的构成要件作出了合理解释,那么,对于符合犯罪构成的行为,就应当以犯罪论处;一旦行为构成特定的犯罪,就要根据刑法的规定量刑。如果将刑法的谦抑性作为许霆案减轻处罚的根据,必然导致量刑的恣意性和刑法的不安定性,必然影响报应的正义性与预防犯罪目的的实现。如果直接将刑法的谦抑性作为减轻处罚的根据,则对任何犯罪都可以减轻处罚,这显然不妥当。

二、减轻处罚的意识

有的国家刑法规定,法官可以酌定减轻刑罚,不需要经过上级核准。例如,《日本刑法》第 66 条规定:"有值得酌量的犯罪情节时,可以减轻刑罚。"在这种立法例之下,法官减轻刑罚成为相当容易的事情。我国旧《刑法》第 59 条第 2 款规定:"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚。"在旧刑法

---

① 以前对类似案件判处无期徒刑,但没有被报道因而没有引起社会舆论关注的事实,也表明了这一点。

时代,酌定减轻处罚的可能性较大,也是比较容易的。但是,现行《刑法》第63条第2款规定:"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。"于是,减轻处罚成为程序相当复杂的事情,这就导致酌定减轻处罚的适用范围小。尽管如此,法官还是应当具有只要符合条件就减轻处罚的意识。

第一,法官应当意识到,我国刑法规定的法定刑较重,适当减轻处罚,有利于刑罚朝着合理方面发展。刑罚的完善总是随着刑罚的宽大程度一起并进。"在公民享有巨大自由的地方,……公民也将生活在一种更高的富裕水平之中;他的心灵将会更为轻松愉快,他的幻想将会更为动人,而刑罚将能够在严厉方面有所松弛,又不丧失其效果。"①刑罚处罚程度由重到轻,是历史发展的进步表现与必然结果。但"轻刑化"是一个渐进的过程,法官们应当牢记量刑的总体趋势必然朝着轻缓方向发展。在法定刑较重的立法例之下,尤其是意识到这一点,并通过减轻处罚顺应刑罚的发展趋势。

第二,法官应当意识到,重刑不是抑止犯罪的有效手段,也不一定具有报应的正义性。一方面,当今的报应观念,已不再是以眼还眼、以牙还牙的"等同报应法",而是强调由社会关系的应有状态决定刑罚与犯罪的等价性。所以,报应的基准一直在随着时代的变化而变化。在当今社会,极为严重的刑罚已经不是与盗窃罪等价的刑罚。另一方面,预防犯罪也不依赖重刑。对于具有一定规范意识的人而言,轻微的刑罚就足以使其对犯罪产生反对动机;对于冲动犯或者基于侥幸心理犯罪的人而言,再重的刑罚也难以起到抑止作用。即使对故意杀人罪的预防,也不依赖于死刑与其他重刑。正如德国学者所言:"谋杀诚然是最严重的犯罪,但不能由此得出谋杀者具有特别危险的结论。事态恰好相反。被释放的谋杀者再犯罪的现象,极为罕见,而且这也是容易说明的。因为大多数的谋杀者,绝对不是倾向犯,也不是职业犯罪者,完全是在特殊的、几乎不能反复的状况下杀人的冲突犯。"②事实上,各国的故意杀人发案率一直都相对稳定,与该国刑罚的轻重没有关系;如日本法官习惯于减轻处罚,其刑罚远远轻于美国刑罚,但美国的杀人罪发案率远远高于日本。③

第三,法官应当意识到,不能用刑罚解决不应由刑罚解决的问题。例如,犯罪发生后,形成了三种关系:在被告人与被害人的关系中,国家不是一个单纯的中间人,而是需要进行恢复性司法:在国家与被害人的关系中,国家应当设立被害人补偿制度,使被害人得到国家的补偿;在国家与被告人的关系中,国家必须公正地处罚被告人,而不是将被害人的要求加于被告人。法官不能混淆三者的关系,将本应由国家负担的使被害人康复的使命,无形地转变为对被告人的严厉处罚。换言之,对被告人的严厉处罚,虽

① 〔德〕威廉·冯·洪堡:《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,中国社会科学出版社1998年版,第145页。

② 〔德〕Arthur Kaufmann:《转换期の刑法哲学》,上田健二监译,成文堂1993年版,第265页。

③ 参见日本法务综合研究所:《平成18年版犯罪白书》,国立印刷局2006年版,第38页。

能满足被害人暂时的情绪，却不能使被害人得到真正的补偿。这种报复观念不是限制了刑罚，而是加重了刑罚，与当今的报应刑观念格格不入。

第四，法官应当充分认识到，量刑关系到被告人的人权保障乃至国家的人权状况。在当代，人权保障已经不再局限在观念的层面上，而是提升到制度层面上，许多传统上不被法律关注的一般人权，相继成为法律所保障的重要内容。“最终，人权只能在法律得到遵守和实施的国度里获得实现的机会。一个法律不再起保护作用的国家，也不再能够保障人权。”①事实上，在法治国家，人权实践上完全是通过法院得到保障和实施的；法官的任务就是解释宪法和法律赋予公民的权利，以便确定他人诉讼请求是否有效，法官和法院是为宪法和法律确认的权利服务的。所以，如果法官与法院都不能保障人权，那么，这个国家的人权是不可能得到保障的。法官应当意识到，剥夺一两天的人身自由，也是一种重大痛苦。所以，对被告人的量刑应当尽量精细化。就自由刑而言，需要逐步改变习惯于以年为单位量刑的做法。换言之，法官们应当逐渐习惯以月、周乃至日为单位量刑。基于同样的理由，即使减轻处罚只能导致被告人少关押几个月乃至几天，法官也应当减轻处罚。

有的法官可以嫌现行刑法规定的减轻处罚的程序复杂，而不愿意减轻处罚。可是，为什么判处死刑时不嫌麻烦，层层上报到最高人民法院核准，却不愿意通过层层上报减轻处罚呢？显然还是观念问题，一些法官存在重刑主义观念，缺乏保障被告人权利的观念，缺乏只要符合减轻处罚的条件就减轻处罚的观念与意识。

所以，本文建议，法官没有必要将《刑法》第 63 条第 2 款视为特殊的例外规定，而应看作一般性规定。换言之，法官应当具有只要符合条件就减轻处罚的意识，充分利用《刑法》第 63 条第 2 款。至于减轻处罚是否妥当，当然取决于是否存在前述减轻处罚的根据。但法官形成减轻处罚的动机，产生减轻处罚的想法，是减轻处罚的前提条件。在笔者看来，至少在以下两种情况下，法官应当特别考虑能否减轻处罚。

其一，法定刑过重时，应当有减轻处罚的意识。例如，与故意杀人、抢劫、非法拘禁等罪的法定刑相比，绑架罪的法定刑过重。因此，在绑架行为没有造成伤亡后果与财产损失的情况下，应当实行减轻处罚。已有法官做到了这一点。② 盗窃金融机构的法定刑同样过重。众所周知，抢劫罪明显重于盗窃罪，但是，即使是“抢劫银行或者其他金融机构”，即使数额特别巨大，其法定刑也是“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产”；而“盗窃金融机构，数额特别巨大”的法定刑，却是“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。显然，后者的法定刑明显过重。既然如此，法官们就必须充分运用《刑法》第 63 条第 2 款，使刑法条文之间保持协调关系，实现刑法的正义

① 〔瑞士〕托马斯·弗莱纳：《人权是什么？》，谢鹏程译，中国社会科学出版社 2000 年版，第 12 页。

② 参见陈勇、陈霏：《绑架犯获轻罚》，载《人民法院报》2008 年 6 月 9 日，第 3 版。

性。在许霆案中,如果法官意识到盗窃金融机构的法定刑过重,就会产生减轻处罚的动机。

其二,罪行明显轻于法定最低法定刑对应的程度时,应当有减轻处罚的意识。法定刑是根据具体犯罪的通常情形设定的,而不可能考虑到各种案件的特殊情况。但案件事实总是复杂的,许多案件都会存在特殊情况,所以,刑法针对各种具体犯罪规定的法定刑,可能难以与具体案件的特殊情况相适应,需要减轻处罚,以实现罪刑相适应原则。当然,“特殊情况”并不是泛指任何特殊情形,而是指表明存在减轻处罚根据的情况。在许霆中,如果法官意识到了存在减轻处罚根据的情况及其意义,也会产生减轻处罚的动机。

三、减轻处罚的方法

许霆的行为属于“盗窃金融机构”,对此应当没有疑问。现在的问题是,在肯定许霆的行为属于“盗窃金融机构”的前提下,如果判处低于无期徒刑的刑罚?

首先需要说明的是,只要许霆的行为属于“盗窃金融机构”,没有符合更为严重犯罪的构成要件,就应当适用《刑法》第264条的规定。所以,为了使许霆得到较轻的处罚,而认定许霆的行为构成信用卡诈骗罪、侵占罪甚至主张无罪的观点与做法,明显不当。① 在此意义上说,发回重审后,检察院坚持主张、第一、二审法院坚持认定许霆的行为属于“盗窃金融机构”,是值得称道的。另一方面,为了使行为人得到较轻的处罚,将既遂犯认定为未遂犯或者中止犯的做法,也是不妥的。例如,因为绑架罪的法定刑过重,有的法院便将既遂的绑架罪认定为未遂犯或中止犯减轻处罚。这种做法明显不可取。许霆的盗窃行为已经既遂,即使其全部退赃也不成立盗窃未遂与中止。此外,许霆也不具有任何法定减轻处罚情节。所以,对于许霆案,人们首先想到的是适用《刑法》第63条第2款减轻处罚。

问题是,在认定许霆的行为属于“盗窃金融机构,数额特别巨大”,法定最低刑为无期徒刑的情况下,能否减到5年徒刑?

众所周知,在我国,减轻处罚是与加重处罚相对应且相对立的概念。刑法理论公认并具有一定根据的观点是,加重处罚是加重一格处罚。例如,在我国,最高刑为10年有期徒刑的,加重处罚时,只能在10年以上15年以下之间判处刑罚。如果认为,减刑处罚应与加重处罚相对应,只能减轻一格处罚,那么,在最低刑为无期徒刑时,只能在10年以上15年以下之间判处刑罚。在此意义上说,对许霆判处5年徒刑是不当的。

国外一般采取与我国减轻处罚不同的减轻刑罚的制度。即在需要对被告人减轻刑罚时,应当按照刑法规定的标准减轻法定刑,形成处断刑,然后在修正后的处断刑内

---

① 基于对构成要件的不同认识,认为许霆的行为构成信用卡诈骗罪或者侵占罪的,是另一回事。

量刑。例如，根据《日本刑法》第 68 条与第 71 条的规定，减轻刑罚时按照下列规定处理：死刑减轻时，减为无期自由刑或者 10 年以上自由刑；无期自由刑减轻时，减为 7 年以上自由刑；有期自由刑减轻时，将其最高刑期与最低刑期减去 1/2（如法定刑为 3 年以上 10 年以下徒刑时，减轻为 1 年 6 个月以上 5 年以下的处断刑，然后在此幅度内量刑）。德国、奥地利等国刑法规定的减轻刑罚的幅度更大一些。可以肯定的是，对减轻处罚没有任何限制的做法，有损刑法的安定性，也不利于实现报应的正义性。参照国外刑法的规定，考虑到减轻处罚与免予刑罚处罚的区别，笔者认为，就主刑而言，减轻处罚宜采用以下方法：(1) 法定刑为绝对死刑的，减为无期徒刑；(2) 法定最低刑为无期徒刑的，减为 10 年以上 15 年以下有期徒刑；(3) 法定最低刑为有期徒刑的，减为最低刑的 1/2（如最低刑为 10 年徒刑的，可以在 5 年以上不满 10 年之间量刑）；(4) 最低刑为 6 个月徒刑的，减为拘役；(5) 最低刑为拘役的，减为管制；(6) 最低刑为管制的，减为附加刑。据此，在认定许霆的行为属于“盗窃金融机构，数额特别巨大”，法定最低刑为无期徒刑的前提下，对许霆适用《刑法》第 63 条第 2 款减轻处罚，宜在 10 年以上 15 年以下之间量刑（当然，在现行刑法没有明确规定减轻处罚方法的情况下，认为重审后的法院判处许霆 5 年徒刑违反刑法，也是缺乏法律根据的）。

尽管如此，笔者依然认为，倘若认为对许霆判处 5 年徒刑是适当的，也存在对许霆判处 5 年徒刑却不损刑法安定性的方法。即认定许霆的行为属于“盗窃金融机构”，但不认为其盗窃“数额特别巨大”。采取这一途径时法官必须作如下说明：“个人盗窃公私财物价值人民币 3 万元至 10 万元以上的，为‘数额特别巨大’”的司法解释，是就一般盗窃而言。至于在盗窃金融机构的案件中，应当适用“无期徒刑或者死刑”这一法定刑的“数额特别巨大”标准是多少，司法解释并无明确规定。考虑本案的特殊情况，判处许霆无期徒刑过重，故可以认为许霆盗窃金融机构的数额，并没有达到应当判处无期徒刑或者死刑的“特别巨大”标准，因而只能适用普通盗窃数额特别巨大的法定刑即“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”。但是，如果不同时适用《刑法》第 63 条第 2 款，则对许霆至少判处 10 年徒刑。所以，在认定许霆属于“盗窃金融机构”，但不是盗窃金融机构“数额特别巨大”的前提下，适用刑法针对一般盗窃数额特别巨大规定的“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑时，仍然可以再适用《刑法》第 63 条第 2 款减轻处罚。根据前述设想，法定最低刑为有期徒刑的，减轻处罚时，可以减至最低刑的 1/2，因而可以对许霆判处 5 年有期徒刑。在此意义上说，刑法理论依然可以为法官对许霆判处 5 年徒刑找到依据。

对许霆案的几点思考

刘仁文*

一、畸形重判是如何形成的①

因 ATM 机出错,被告人许霆用借记卡取款 1 000 元卡里仅扣 1 元,于是利用这一"天赐良机",分多次提取了 17 万余元。一审法院以盗窃罪判处其无期徒刑。这一结果让专业之内和专业之外的人士都感到惊讶,普遍认为"判得太重了"。一般而言,当民意认为对某被告判得太轻的时候,我们说只要是依法办事,就不能因屈从于民意的压力而加重被告人的刑罚;但当民意认为对某被告判得太重的时候,我们就需要认真对待,因为此时容易造成刑罚过剩和司法资源的浪费。以本案为例,之所以大家普遍反应过重,笔者认为原因至少有以下几方面:一是许霆的"恶"并没有达到用如此重刑去处罚的程度,换句话说,每个普通人在遇上他那种"天赐良机"时恐怕都难免诱惑;二是对于此种现代高科技条件下出现的新现象,现行法律规范和解释以及人们的生活经验还没有形成一种"它是犯罪"的明确意识,相反,大多数人都会认为这是一种幸运;三是从刑罚适用的目的来看,无论是预防行为人自身再犯还是从威慑社会上别的人不要去犯此种行为,都无必要科处如此重的处罚,理由很简单,这种"天赐良机"的概率几乎比中彩票头奖还低,其行为无论对于他本人还是其他人,都是不可复制和模仿的。

那么,为何会出现本案这种法院判决与公众的法感情背道而驰的局面呢?

首先是我们的传统办案思维在作怪。刑事优先,而不是民事优先,是我们传统办案思维中的一个误区。在本案中,被告人既没有篡改密码,也没有破坏机器功能,而是以一个正常客户的身份操作该柜员机(ATM),在柜员机出错的情况下才实施恶意取款行为。对此损失,银行一方面应从柜员机维护商处要求赔偿,并共同探讨堵塞漏洞的对策;另一方面,可以通过向法院提起民事诉讼,要求其返回不当得利,如果被告拒不执行法院的裁判,则可以申请法院强制执行,必要时还可以"拒不执行法院判决、裁定

---

* 中国社会科学院法学所研究员。

① 本部分原以《许霆案判决缘何与公众感情背离》为题发表于《法制日报》2008 年 1 月 12 日,收入本书时略有改动。

罪”来处理被告。遗憾的是，本案银行用如此强势的态度来对待客户，而我们的公安司法机关竟然如此配合，连被告叫来的朋友郭安山取款1.8万元，且事后郭又“投案自首”，并全额退还所取款项，还获刑1年！

其次是我们的法律适用解释有问题。在纳入犯罪视野后，办案机关接下来就要考虑用何罪来处置。罪名与行为并非简单的对号入座，而需要在一定的“目的”指引下，发挥法官能动解释法律的功能。本案以盗窃罪判处被告人无期徒刑，如果从避开畸重判刑的“目的”出发，就可以在如下解释上做文章：“出错的柜员机”能否被解释为盗窃罪中的“金融机构”？传统意义上的金融机构是指银行、保险公司、信托公司等，它们有严格的保安系统，要突破层层关卡才能进入银行行盗，正因如此，刑法才对这些机构进行重点保护，但本案并非这种情况，被告人并没有为实施盗窃而突破层层保安。即便有人说柜员机是银行的设施，可视为银行这个金融机构的延伸和组成部分，但它也必须是在银行的控制下才行，现在它出错了，银行不能控制它了，还能将其定性为金融机构吗？再者，被告人的行为属不属于“盗窃”？盗窃的特征是“秘密窃取”，而在本案中，被告人使用真实身份和真实的借记卡去公开取钱，这能算是“秘密窃取”吗？事实上，如果一定要往定罪判刑上靠，而适用盗窃罪的结果又显然偏重，那么法官还是可以在罪名的选择上有所作为的。例如，刘明祥教授就曾经分析指出：本案是ATM机的信息系统作出错误判断而将钱款送到ATM机外部窗口使被告人取得的，并非是被告人将ATM机砸毁或撬开后从中拿走现金，因此不可能构成盗窃罪，而有可能构成我国《刑法》第196条的“信用卡诈骗罪”，属于该条中的“恶意透支”情形。① 这种分析虽然距离笔者的第一种思路还有让人不满意的地方，但较之现行判决，至少有两点有利于被告人的地方：一是刑法上的“恶意透支”是指“以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还”，增加“发卡银行催收”这一环节，就使这种“恶意透支”行为的刑事可罚性多了一层合理性。二是按“信用卡诈骗罪”处罚本案被告人，可将其刑罚由现在的无期徒刑降至5年以上10年以下有期徒刑。

再次就要归咎于我们量刑中的“唯数额论”。在法官决定运用盗窃罪来处罚本案被告人后，本来刑法规定的盗窃罪最低刑为3年以下有期徒刑、拘役或管制，为何本案被告人却被判以无期徒刑呢？原来按照最高人民法院的司法解释，被告人许霆盗窃了“17万多”，已构成了“数额特别巨大”，而在盗窃金融机构、数额特别巨大的情形下，刑法规定得判处无期徒刑或死刑，这样判案法官也就没有其他选择余地，判“无期”已经是往最低的靠了。造成这种局面的一个重要因素是我们现在的司法解释包括某些立法本身过于看重数额，用数额将司法实际人员的手脚捆绑死了，致使法官无法结合个案中的具体情况如行为人的主观恶性大小来综合评定。以本案观之，假设被告人的行

① 参见刘明祥：《在ATM机上恶意取款行为不应定盗窃罪》，载《检察日报》2008年1月8日。

为可以认定为盗窃,那也至少与那种突破层层关卡进入银行内部盗窃或者将 ATM 机砸毁或撬开后盗窃的主观恶性小。怎能简单地以数额多少来确定量刑幅度的高低呢?刑事立法和司法要防止"一放就乱",但也同样要防止"一统就死",否则就会出现于法有据、于案不公的现象。这样的例子太多了,刑法上规定贪污10万元以上的处10年以上有期徒刑、无期徒刑直至死刑,有法官就坦承:面对现实中动辄贪污数百万、数千万甚至上亿的,有的贪污犯虽然仅贪污10万元,而且还有积极退赃等情节,但由于法律规定上了这个杠,就不得低于10年有期徒刑,因此也只能照判;几年前,某地一名19岁的高中生为筹集学费,抢夺他人汇款3万元,按照最高人民法院的司法解释和该省高级人民法院确定的执行标准,3万元属于"数额特别巨大",于是最低刑为有期徒刑10年,对此,审理此案的法官无奈地说:假如被告人抢的钱差1分不够3万元,那么他们也可考虑对其量刑在10年以下,如判3缓3,这样就可以不耽误当年的高考了。

二、轻判是如何实现的①

许霆案的重审将许霆的量刑从无期徒刑大幅度地降到了5年有期徒刑,虽然对于那些认为许霆的行为不构成盗窃罪的人来说,这个结果仍然不能令人满意,但可以肯定地说,较之原来的畸形重判,现在这一改判结果肯定更加符合大众的法感情。从已有的社会反应看,无论专家还是大众,都没有原来一审后的那种惊讶,而且基本都对这种轻判持肯定态度。行为还是那个行为,法院还是那个法院,为什么重审的结果会更得民心呢?

首先,正如全国人大代表、广州市律师协会秘书长陈舒在旁听判决后所指出的,许霆案有这样的结果,应该感谢媒体。正是因为媒体对案件的及时报道和约请专家对案件的理性讨论,加上现代网络为民意表达提供了较好的平台,使大众对一审后的畸重判决所普遍表达出的吃惊能被包括二审法院、人大代表、政协委员等感受到。在广东省"两会"期间,广东高院负责人面对一些省人大代表和省政协委员对此案的质疑,也慢慢认同了判许霆无期偏重的意见,从而才得以将许霆案发回重审。可见,媒体、专家、民意的互动有助于实现司法的公平和公正。如果没有媒体的报道,许霆的无期徒刑命运要得到如此巨大的改变是不可想象的。事实上,据《新闻晨报》报道,云南就曾发生过一起与许霆案类似的何鹏案,何鹏最终被判处的同样是无期徒刑,且如今已服刑7年。

其次,正是在原审结果偏重、重审要设法纠偏的目的指引下,重审法官能动地开始了对许霆轻判的论证。据报道,重审判决主要是基于以下两点考虑才决定将许霆的刑罚由无期徒刑改为5年有期徒刑的:一是许霆的盗窃犯意和取款行为是在自动柜员机

---

① 本部分原以《为什么许霆被轻判更得民心》为题发表于《新京报》2008年4月2日,收入本书时略有改动。

出现异常的情况下发生的，与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比，主观恶性相对较小；二是许霆是利用自动柜员机出现异常，使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项，与采取破坏性手段盗取钱财相比，犯罪情节相对较轻。这种有利被告的思路当然是正确的，不幸的是，原审法官并没有站在这样的高度来思考问题，以致出现了虽然于法有据甚至表面看来还是严格执法其结果却显失公平的局面。国外刑法学界在面对完美的理论体系无法实现公正的时候，提倡问题性思考，即更多地从具体问题出发，通过同意和反对的意见广泛讨论，根据公道来加以测试，直到结论相对满意，以此来达到解决问题的公正和符合目的的可能性，这被证明对填补不确定的概念和一般性条款很有用处。① 当前，我们的社会正变得越来越复杂，而法律的适用并非简单地对号入座，而要在充满迷途和荆棘的丛林中寻找妥当的路径，这无疑给法官提出了更高的要求，需要综合运用价值、方法、法律、情理、良知、勇气等多种因素，使自己的推理和结论不仅符合法律的形式，而且符合法律的精神和目的。

再次，我们还要庆幸有《刑法》第 63 条第 2 款，即犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚的规定。重审法官既已决意轻判许霆，但又坚持盗窃定性不变，这样可供选择的空间就不大了，因为我国盛行的“数字司法”已经被立法机关和司法机关框死了，立法上明确规定盗窃金融机构数额特别巨大的处无期徒刑或者死刑，最高人民法院的司法解释更进一步将“数额特别巨大”具体化，许霆案的数额完全符合“数额特别巨大”的要求，由此可见这种片面强调数额、强调行为的客观表现而对行为人的主观恶性关注不够的弊端，它不恰当地捆绑了法官的手脚，使法官被迫做法条和司法解释的奴隶。好在《刑法》第 63 条第 2 款还留有余地，才使许霆案的轻判成为可能。不过，这一条款所导致的司法效率是很低的，以本案为例，它还需要经过省高院的复核和最高法院的核准。② 考虑到我国刑法总体上处于重刑结构，现在国家又倡导“宽严相济”，为使这一有利于实现“以宽济严”的条款得到更有效地运用，建议立法修改将此种情况下的核准法院由最高法院改为生效判决法院的上级法院。

三、从许霆案看“特殊减刑权”制度的完善③

笔者在 4 月 2 日《新京报》上发表的《为什么许霆被轻判更得民心》一文中指出，许

---

① 参见〔德〕克劳斯·罗克信：《德国刑法教科书》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 132 页。

② 由于该款在实践中像这种“自下而上”的适用很少出现，偶尔出现的是“自上而下”（如对某些国际司法合作的案件，我们已经承诺不判处死刑或最高不得判处超过某一限度的有期徒刑），因此有关该款的适用程序还不是很清楚，本案系二审终审，所以不叫复核，但假如被告人没有上诉，检察机关也没有抗诉，那么是直接报最高人民法院核准呢，还是逐级复核，对此似乎还有待进一步规范。

③ 本部分原以《许霆案与“特殊减刑权”》为题发表于《新京报》2008 年 4 月 5 日，收入本书时略有改动。

霆之所以能从无期徒刑减至5年有期徒刑,《刑法》第63条第2款规定的“特殊减刑权”起了重要作用,并针对新形势下如何进一步完善该条款提出了自己的建议。4月3日,墨帅先生撰文反对我的意见。由于在前一篇文章中受篇幅所限,对特殊减刑权不能展开阐述,正好借回应墨帅先生的机会,再成此文。

我国1979年《刑法》规定:犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚。1979年刑法修订时,鉴于该条款在实践中出现被滥用的情况,特别是有的地方成为司法腐败的可乘之机,曾对它的存废产生过争议,最后多数人认为该款仍然有必要保留,只不过对其行使权要做一定的限制。立法者最后采纳了这种观点,保留了法院的特殊减刑权,但规定要经最高人民法院核准。墨帅先生引用某些学者对立法原意的解读,认为该条款中的特殊情况只能适用于政治、外交、民族、宗教、国际事务等特殊案件,但应当承认,在没有明确依据的情况下,对立法原意的捕捉并不是一件容易的事情,例如,曾经经历刑法修订全过程的原全国人大常委会法工委刑法室主任高西江先生主编的《刑法的修订与适用》一书中,对该条款的解读就并没有限制在上述诸领域。更重要的是,法律解释有主观解释和客观解释之分,前者强调立法者的原意,后者则强调在法条文字所能涵盖的范围内解释法律,而不必拘泥于立法者的原意。对法律解释采何立场,需要视具体情况而定,笔者的基本观点是,凡不利于被告人的解释时,应尽量采取主观解释说;凡有利于被告人的解释时,则应尽量采取客观解释说。在许霆案的重审中,法院实际是采取了对《刑法》第63条第2款的“特殊减刑权”的客观解释,以为将这种情况纳入“案件的特殊情况”从而得以在法定刑以下处刑,是有利被告的。笔者认为这是妥当的,特别是在所谓的立法原意没有明确的答案时。

笔者在4月2日的文章中,提出将这种特殊减刑权的核准权由最高法院下放到原判法院的上级法院,墨帅先生对此表示反对。他的一个理由是:该条款不乏“法外施恩”的意味,为了防止不当的扩大化适用,应由最高司法机关来行使核准权。笔者认为,该条款不属于“法外施恩”,因为它的行使是有法律依据的,这也是笔者不同意有的人指责该条款有违“罪刑法定”原则的理由,更何况“罪刑法定”的主旨在于保障被告人的人权,防止罪刑擅断,这种通过法律程序赋予更多的有利被告人的规定,与“罪刑法定”的精神是不矛盾的。

笔者同意采取措施防止该条款被不当地扩大适用,但是否一定要到最高人民法院?假如一审是基层法院,其后没有上诉、抗诉,那么按照现行程序,则需要逐层报中级、高级和最高人民法院复核和核准,这个过程太漫长了,司法效率太低了。因此笔者提出报生效判决法院的上一级法院核准,这样既照顾到对原判法院行使该项权力的约束,又不至于实现正义的过程太长,毕竟在中国目前语境下,绝大多数被告人审前都是

被羁押的，如果等到最高人民法院核准下来，被告人被羁押的时间已经超过了被减轻后所判的刑期，那还有什么意义呢？墨帅先生在文章中也坦承以往司法实践中这一条款鲜见适用。是实践中没有这种需要吗？非也。近期不是有媒体报道云南就曾发生过一起与许霆案类似的何鹏案，何鹏最终也被判处无期徒刑吗？不排除基层司法机关面对该条款的复杂程序，望而却步。

笔者已经在上一篇文章中指出，目前我国刑法总体上处于重刑结构，现在国家又在贯彻实施“宽严相济”的刑事政策，面对日趋复杂的社会生活，《刑法》第63条第2款的适度扩大适用，将有利于实现“以宽济严”的良好社会效果。但在过去我们鲜有适用这一条款的局面下，应当说对该条款的适用程序是缺乏应有规范的。以许霆重审为例，像这种情形下的改判也许由广东省高级人民法院直接行使，而不是采取发回重审的方式更好，那样原审法院也就不必面对如今出尔反尔的尴尬；还有，本案至今仍不清楚它事先是否已经内部请示过最高人民法院，惹得学者们猜测纷纷，并对可能已经请示了的做法提出质疑和批评。笔者认为，通过许霆案激活《刑法》第63条第2款的适用，并因此促成其运行规范化，乃至做必要的制度设计上的调整，也是这一广受人关注的案子所产生的一个积极效果吧。

四、由该案引出的其他思考

近年来，关注“影响性诉讼”或有影响的案件成为法学界包括刑法学界一些学者的研究套路。① 笔者觉得，对这种“公共事件”的关注是必要的，以许霆案为例，它可以让我们看到在民意、媒体、官员、法院等多种因素的作用下，静态的规范是如何转变为动态的事实的，从中体会到“刑法之内”与“刑法之外”的微妙，体会法律解释的重要（为什么原审也理由充足，重审又理由充足，而两者差距如此之大）；又可以让我们看到实体与程序相结合的重要，例如，许霆的命运无论是无期徒刑还是5年有期徒刑，法院开庭都不能就量刑情节展开辩论，而只是就是否构成犯罪甚至只是就是否构成某罪展开辩论。②

作为一个多少有点被视为“公共知识分子”的刑法学人，笔者对许霆案除了应约发表前面三篇小文外，还接受了《经济观察报》记者的长篇采访③，并作为嘉宾参加了

---

① 例如，据笔者所知，目前北京师范大学刑事法律科学研究院赵秉志教授等人和中国人民大学法学院谢望原教授等人都分别在就许霆案组稿出书。

② 实践中法院更改检察机关起诉罪名的现象时有发生，笔者倒不是说法院绝对不能更改，但至少应当就更改后的罪名是否成立再给被告方一次开庭辩论的机会，否则辩甲罪而定乙罪，等于变相剥夺了被告人的辩护权。参见刘仁文：《从“黑哨”案件看判决变更罪名必须附加两个条件》，载《检察日报》2003年2月26日。

③ 参见刘波：《我会对许霆案做无罪判决——访中国社会科学院法学所研究员刘仁文》，载《经济观察报》2008年4月12日。

中国人民大学法学院组织的关于许霆案的专题研讨会。虽然几篇小稿子都是被编辑“逼”出来的(例如,第一篇稿子是《法制日报》约的,当时笔者本来因手中有事而婉拒,但一句“你们刑法学界还没人出来说话”终使笔者答应下来;第二篇稿子仅仅是因为约稿编辑第一时间告诉了重审的结果,为表示感激而答应写稿;而人民大学的会议则是因付立庆博士盛情难却。——笔者的热情性格使笔者说“不”的态度往往不坚决,为此常常自寻烦恼,也在某种程度上被动地成就了笔者“公共知识分子”的身份),因而难免粗糙,但迄今为止,笔者的基本观点没有变,因为即使在时间非常紧张的时候,笔者也要求自己一定要在当时的情况下尽到百分之百的努力,于内心深处静听自己知识与良知的叩问。该案重审后,一家周报曾约笔者对许霆案作一个全面回顾,但不久即接到编辑通知,说他们在每月一次的中宣部通气会上已接到新的精神,不要再炒作许霆案了。以后曾在几次受邀讲座中想以此为题,无奈杂事缠身,无暇整理,只好以其他现成的稿子充数。这次北师大刑科院约稿,似乎是就许霆案综合发言的最后机会了,因为热点既已过去,新的公共事件还会不断出现,人类的健忘症在笔者身上同样存在。

遗憾的是,笔者却仍然不能抽出足够的时间来完成这一心愿,只好就以下几个问题在这里作点蜻蜓点水式的探讨:

1. 关于本案的定性。一个有趣的事实是,笔者所接触的大多数刑法学者都认为本案构成盗窃罪(例如,陈兴良和张明楷两位教授分别在《人民法院报》上发表文章认为构成盗窃罪,赵秉志教授在北师大的一次讲座中认为“许霆的行为构成犯罪并且应当是盗窃罪”,谢望原教授在人民大学的会议上也认为构成盗窃罪,曲新久教授在一次交流中对笔者认为许霆不构成盗窃罪的观点表示惊讶,陈泽宪研究员在一次私下交流中也认为构成盗窃罪),但刑法学界之外的许多人却都认为不构成。笔者是刑法学界的少数派,也认为不构成盗窃罪。倒不是受社会舆论和民意的左右(虽然这些声音应当成为我们刑法学人耐心倾听的宝贵财富),而是自己思考的结果。关于不构成盗窃罪的理由,笔者基本同意樊文先生在他的两篇文章中所表达的看法,即许霆不是通过积极主动地实施破坏他人的支配关系(比如,侵入并破坏 ATM 机的自动控制系统)并建立新的支配关系这种盗取行为方式而取得,而是在自己自主决定的权利空间利用 ATM 机早已存在的失控状态而取得。①

2. 这种行为该当何罪?在刚开始接触到这个案子的时候,笔者也相信有人所说的此类情形在现实中出现的概率比中彩票还低,既然如此,对刑法是否有必要介入还心存犹豫,但通过不断的报道,看来 ATM 机出错的现象还是比想象中的概率要高,既如此,对这种恶意侵占的行为就有必要从刑法上来予以规制。我国目前刑法上的“侵占

---

① 参见樊文:《利用 ATM 机故障恶意取款:盗窃还是侵占?——对“利用 ATM 机故障恶意取款案”理论和实务处理上的再评析》,载“中国法学网”。

罪”是指以非法占有为目的，将为他人保管的财物或者他人遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大且拒不交还的行为，尚不能包纳许霆的这种行为（故那些主张按“侵占罪”来处罚许霆的人不对），因此修改“侵占罪”的构成要件，使之扩大到能包括此种情形，是一种妥当的思路。由于本罪有“拒不交还”的要求，而且属于“告诉的才处理”，其刑罚幅度也比盗窃罪轻许多（目前最高刑为5年有期徒刑），因而更具有合理性。

3. 如前所述，我国目前的刑事庭审中只有定性的辩论，而没有量刑的辩论，这对有效地约束法官的自由裁量权、保障被告人的人权是不利的。对此的改进建议包括：(1) 提倡公诉人在起诉书中包括“量刑建议”的内容，并针对此量刑建议赋予被告方（辩护方）辩护权和辩护机会；(2) 将庭审分为两个阶段，前一阶段为定性，若定性构成犯罪，则继续就量刑再开庭，此时重点辩论量刑，而且不能认为辩护方参与量刑阶段的辩论就意味其已经认罪，也就是上诉时仍可以就定性提出异议；(3) 结合实践中有些法院试行的“人格调查员”制度，参考国外的缓刑官制度、“法庭之友”制度等，在被告人的量刑阶段更多地引入公诉方、辩护方之外的参考因素，使法官能更科学准确地对被告人确定刑罚。

4. 本案引出的其他话题也值得我们法律人很好地反思，如刑事诉讼法关于发回重审的条件是“原审判决事实不清楚或者证据不足”，而本案只是一个量刑问题，这也暴露出了发回重审制度的诸多缺点之一：上级法院把难题抛给下级法院。① 为什么不是由上级法院直接改判？那样至少不致使下级法院出尔反尔，自己就同一事实作出两个差距如此大的批判决。又如，发回重审后，在结果还没有作出之前，最高人民法院的副院长就在与全国人大代表的交流中公开表示“许霆案一审量刑过重”，这如何不给下级人民法院以压力？可不可以换成更为专业、更符合法治精神的表达法？至于司法与民意的关系，更是一个不容回避又亟须深入探讨的问题，一方面，由于种种原因，目前的司法腐败还比较严重，因此需要有效地发挥舆论监督作用；另一方面，司法有它固有的独立和尊严，不能听任民意的摆布。现今的司法独立其实面临来自两方面的干扰和压力：一是权力，一是民意，两者都需要采取措施加以隔离。就民意而言，我们应当把它更好地反应到立法中去，通过选民选出的代表制定更加符合民意的法律，以及通过选民选出的代表来更好地选出法院院长，从而有效地实现民意的分流，这样才不至于使司法工作被推到民意的第一线，也就更加有利于建立一种不偏不倚的司法机制，进而维护整个社会的长治久安。

---

① 参见刘仁文：《需对发回重审制重新检视》，载《新京报》2004年3月27日。

中国刑法配置刑罚的特点和酌定减轻的适用
——从许霆案说起

阮齐林*

一、中国刑法配置法定刑的特点

中国刑法配置法定刑的特点是:广泛以犯罪结果、数量作为配置法定刑的依据,这表现为一定量的犯罪结果或数量(数额)是定罪的起点,并随着结果或数量(数额)的增加而不断升格法定刑幅度,形成所谓加重犯,如结果加重犯、数额加重犯。例如,《刑法》第264条对盗窃罪的规定:

"盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:

(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;

(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。"

这条规定典型地反映了中国刑法配置刑罚(处罚)的特点,首先,盗窃"数额较大"(5百—2千元以上)是盗窃定罪的数额起点;其次,随着盗窃金额增加不断升高"法定最低刑":盗窃"数额巨大"(5千—2万元以上)处3年以上有期徒刑,"数额特别巨大"(3万—10万元以上)处10年以上有期徒刑;盗窃金融机构,数额特别巨大的,处无期徒刑以上刑罚。

二、刑法(立法)对法院(司法)量刑时适用减轻处罚的限制

法院在适用上述第264条处罚盗窃罪行时,应当"以事实为根据,以法律为准绳",即必须根据盗窃事实并遵循《刑法》第264条的处罚准绳,如果被告人盗窃数额在10

---

* 中国政法大学刑事司法学院教授。

万元以上,依第264条法院一般应在“10年以上有期徒刑或者无期徒刑”的范围内判处主刑。就许霆案而言,如果法院认定他盗窃金融机构数额特别巨大,一般应在“无期徒刑或者死刑”范围内判处主刑。如果法院要在法定最低刑以下判处刑罚,比如对许霆判处低于无期徒刑的刑罚,这需要适用“减轻处罚”。

我国刑法为了限制司法裁量权,对“减轻处罚”作了较为严格的限制,《刑法》第63条规定:“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”根据该规定,法院适用减轻处罚必须具备“法定”减轻处罚情节,比如自首、立功、未成年人等。如果被告人不具备法定减轻处罚的情节,法院原则上无权对被告人减轻处罚。就许霆案而言,他没有任何一个法定减轻处罚情节,审理该案的法官只有在无期徒刑以上裁量刑罚。正因为如此,判决许霆无期徒刑于法有据。此外,刑法在减轻处罚适用上还留有一个救济途径,就是犯罪分子虽然不具有法定减轻处罚情节,“但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚”。这被称为“酌情减轻”。就许霆案而言,他虽然没有法定减轻处罚的情节,但经最高人民法院核准,可以判处低于无期徒刑的刑罚。因此,对许霆酌情减轻处罚判处5年有期徒刑,也于法有据。这是立法者赋予最高人民法院的司法裁量权。

三、对许霆是否应当适用酌情减轻处罚?如何减轻处罚(即减轻多少)?

如前所述,最高人民法院有权适用酌情减轻处罚,但对许霆案适用是否合理呢?这是见仁见智的问题,因为怎样才是“罚当其罪”?这问题实在深不可测,比如“杀人偿命”(判处死刑),曾被认为是“天经地义”的事理也就是所谓“罚当其罪”吧。可是许多国家废除了死刑,不再认为这是“天经地义”的。我国也尽量限制死刑适用,观念也在改变中。“杀人偿命”的罪与罚多少有点可比性,可是盗窃一万元该给个什么样的处罚算是“罚当其罪”?判几年有期徒刑算合适,没有可比性。有人可能会说,判处一万元罚金最合适,问题是这样不足以教育罪犯,也不足以以儆效尤,如果罪犯没有能力缴纳罚金还会使处罚落空。可见“罚当其罪”不过是特定历史条件下大多数人认同的公平感,这种公平感通过全国人民代表大会代表我国大多数人民的意志反映在刑法里,所以,应当肯定依法定罪判刑是最大的公平。不过法律只能根据普遍情况制定,而生活中发生的犯罪案件千差万别,所以刑法往往规定一个或多个处罚的幅度,比如3年以上10年以下,授权法院(司法)根据案情酌情裁量,授权法院在罪犯具有法定减轻情节时可在法定最低刑以下判罚,就这样还是担心不能满足根据案情合理量刑的需要,所以还授权最高人民法院酌情减轻处罚的权力。许霆案的确十分特殊,首先,自动取款机出现故障使其能以1:1 000的比例提款,他是在这样极罕见机会和巨大诱惑下才侵犯

银行巨额财产的,这不能反映许霆的主观恶性和人身危险性,也就是说若无此“机缘”许霆未必会作奸犯科。其恶性、危险性与其“触法”的严重程度明显不相称。其次,其作案方式也与人们观念中的偷盗相距甚远。《刑法》第264条对盗窃罪的处罚是按照“一般”情况设定的,并保留“特殊”情况下酌情减轻处罚的救济途径,既然许霆案的确具有特殊性,采取通常的处罚尺度显然不近情理,按照特殊途径予以酌情减轻处罚是合法又合理。这正应验了刑法设立酌情减轻制度的前瞻性。

不过,许霆之罪虽然不至于判处无期徒刑,但是也没有到应当赦免其罪的程度。许霆在罕见机遇的巨大诱惑下不能把持,人们将心比心,觉得自己若置身许霆处境也没有把持的自信,因此生同情、宽恕之心。理解人性的弱点是社会观念、法治理念的进步。关键在于如何把握。把握不当,谅解人性弱点就成了“妇人之仁”;同情之泪就成了姑息养奸。哪种犯罪没有诱惑性?刑法就是帮助人们克制贪欲、抵制不良诱惑的,惩罚正是帮助人们抗拒犯罪诱惑的力量。这正是所谓刑法规范人行为的作用。我们要发挥这种作用而不是抑制这种作用。因此,为了显示法律的公正、严肃性,确立他人合法财产神圣不可侵犯的规范意识、教育许霆本人,教育广大群众,有必要对许霆判处适当的刑罚。

在此,还有一个值得研讨的问题,就是酌情减轻处罚的幅度是否应有限制?法院判决许霆5年有期徒刑,意味着越过了《刑法》第264条的盗窃特别数额巨大处“10年以上有期徒刑、无期徒刑”的幅度,在其下的盗窃数额巨大处“3年以上10年以下有期徒刑”的幅度判罚,这样的“越级”减轻处罚是否适当值得研究。因为最高法院的判例具有示范作用,将会对减轻处罚的理解产生深远影响,不能不慎重。

四、许霆案留下的思考

随着最高人民法院法官把法锤重重落下,许霆案大概可以尘埃落定了。但是,它会产生积极的影响。判例是推动法制进步的巨大动力。刑法是经过深思熟虑制定的,并经由训练有素的法官遵循惯例实施,对常态运行的法律进行泛泛的讨论往往不易发现其中的问题。每年每月成千上万的案件就在法律平稳运行状态下处理着。其中的一个案例或判例引起广泛讨论,其实是社会生活向法律制度提出的挑战,而对这种挑战的回应就是在不断地推动法制建设的进步。生活之树常青,法律制度也在这过程中随生活之树常青而常青。所以,笔者不觉得许霆案有什么值得大惊小怪的,也不认为我们的刑法制度出了什么大问题,长时间没有一个判例触动法律的神经反倒不正常了,不是社会生活停滞不前就是社会大众麻木不仁。许霆案,也可以说社会生活,对我们的刑法制度带来怎样的思考呢?笔者认为就是立法(刑法)在量刑上给司法(法院)是否留下了合理的自由裁量空间?立法机构制定法律规定犯罪和刑罚,司法机关依法适用刑法定罪量刑。为了防止司法人员个人滥用职权,也就是为了防范罪刑擅断,刑

法尽量对罪和罚作出明确、具体的规定,以约束司法的裁量权;但是为了适应千差万别的个案,又不能不留下允许司法酌情量刑的空间。许霆案引起人们关注恰恰就触及这点,类似许霆的行为以盗窃定罪判刑早已有之,未见反响。可见,许霆案之所以触发反响,在于法律令他面临无期徒刑的判决。法院最初判处他无期徒刑,是因为依法没有裁量的空间。

如本文开头所说,我国刑法配置法定刑的特点是广泛以结果(数额)作为依据,并随其数量的增加而升格法定刑。其效果是:(1)重视结果(数额),"同罪"同罚、罚当其罪,其实是偏向于"同结果"(数额)同罚,结果是客观的,以此为定罪量刑依据,其优点是标准明确、操作简便、公平显而易见,也可有效防范量刑的随意性;其缺点是有时可能不便充分考虑结果以外的因素,比如像最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中指出的那些因素:"犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等因素。"对预防主义、教育刑观念落实不充分。(2)司法对加重犯的量刑空间受到严格约束。刑法根据结果(数额、数量)的增加而升格法定刑,形成"加重犯"。立法对加重犯设定法定最低刑加上对酌情适用减轻处罚的限制,等于对加重犯的量刑设置了双重约束,使司法裁量的空间在此点受到严格限制。许霆案最初判处无期徒刑正是这双重限制的产物。

对我国刑法配置法定刑的特点及其对司法裁量权的约束,应予肯定还是应予改进,目前下结论为时尚早。但是这个课题到了需要考虑的时候了。因为我国刑法这一特点不变,因"案件的特殊情况"需要酌情减轻的案件将会源源不断出现,司法机关需要作出适当应对。

侵财类犯罪之量刑依据研究

——以许霆案改判为实例的分析

李 洁*

侵财类犯罪的法律适用必然会涉及数额问题，如果将盗窃一个苹果的行为当作犯罪处理，就是用琐碎之事占用有限的司法资源，违背实质公正的刑法基本价值要求，在这个意义上，侵财类犯罪具有数额要求是正常的。但是问题在于，侵财类犯罪的社会危害性判断仅仅以数额为基本标准进行判断是适当的吗？或者说，数额确实具有说明侵财类犯罪之程度的作用，但数额是唯一的重要事项吗？侵财类犯罪的数额即使是说明其行为的社会危害性的重要因素，在一些案件中具有核心作用，但这种数额的立法化又给司法带来了什么？本文意图通过许霆案改判的实例，说明侵财类犯罪数额规定方式的合理性前提，并通过我国的立法数额规定模式的评判，研究立法数额规定的合理方式。

一、许霆案改判说明了什么？

许霆盗窃案判决，是近期引起公众与学界广泛关注的判例：许霆用自己的银行卡，利用 ATM 机的故障，取走属于银行的现金 17 万余元人民币，之后逃跑，并将款项挥霍，使银行无法追回被取走的现金。对本行为，一审法院以盗窃金融机构罪判处无期徒刑；再审对许霆减轻处罚，改判为 5 年有期徒刑（经最高人民法院核准）。从国人对该改判的态度来看，赞成多，反对少；在反对的人中，有刑法学专家、司法实务工作者，也有普通民众等，而采赞同态度的则是普通民众居多。这确实是一个有趣的现象。

这个现象至少说明三个问题：第一，不熟知律典的普通民众，与熟知律典的学者中一些专家的观点不同。不熟知律典的普通民众认为改判合理，但民众虽然知道盗窃是犯罪，却未必知道何种情况的盗窃具体刑罚的裁量范围，即依法应当判处的正常刑罚，法律是如何规定的并没有进入民众的视野；而熟知法律的学者专家，知道这样的裁判是对行为人大幅度地减轻处罚，如果依据盗窃金融机构罪的法定刑来看，本减轻处罚

---

* 吉林大学法学院教授。

是从法定最低刑的无期徒刑直接减到5年有期徒刑，这样的减轻是否理由充足存在疑问。（盗窃金融机构数额巨大的，其法定最低刑是无期徒刑，5年有期徒刑的判决，是跨罪刑阶段的减轻，是从盗窃罪的第四罪刑阶段法定刑之无期徒刑、死刑，跨越了第三个罪刑阶段的十年以上有期徒刑或者无期徒刑，直接减轻为第二罪刑阶段刑罚中的较轻刑罚，其减轻幅度特别巨大）第二，不同的主要依据是视角不同，民众关注的是结果是否合理，能否接受；而学者关注的还包括这种大幅度地减轻处罚是否具有合理性、平衡性。第三，民众关注的是个案，就本案来说是否具有实质的合理性；而学者同时关注这样的判决给司法带来了何种影响，依据这样的个案裁判，并且形成常例的话①，中国的刑法还有效吗？

再审的检察机关认为：鉴于被告人许霆盗窃的是银行柜员机内的资金，与盗窃银行金库、营业厅等传统意义上的金融机构的资金相比，柜员机无人持守，无人看管，且没有严密的保安措施，因而许霆的犯罪情节相对较轻；另外从盗窃手段看，被告人许霆不是以外力破坏柜员机，或者破坏电子程序来盗取柜员机内的资金，而只是利用柜员机既有的程序错误作案，手段不是十分恶劣。因而，建议法庭对许霆的行为酌情从轻处罚。② 而5年自由刑距离盗窃金融机构的法定最低刑之无期徒刑可以认为是天壤之别；即使普通盗窃罪的数额特别巨大的法定最低刑也有10年有期徒刑，与所判处的5年自由刑相比，也是相差巨大。就一般的盗窃案来说，盗窃17万元，是数额特别巨大盗窃案中不轻甚至较重的情况（因为盗窃数额特别巨大的起点，依据两高的司法解释是3万—10万元），而不是较轻的情况。那么，并不是较轻的情况何以减轻处罚，学者们对此进行了理由论证。

张明楷教授认为：从立法论上来说，量刑畸重缘于过重的法定刑。但是，一方面，不能因为判处无期徒刑过重，就否认许霆的行为属于盗窃金融机构。另一方面，既然判处无期徒刑过重，就必须合理运用刑法的相关规定，对许霆判处低于无期徒刑的刑罚。对此，有两个可供选择的途径：(1) 适用《刑法》第63条第2款减轻处罚。在适用该款时，应依法定程序先作出减轻处罚的判决，然后逐级上报至最高人民法院核准。(2) 认定许霆的行为属于盗窃金融机构，但不认为其盗窃数额特别巨大。③

陈兴良教授认为：就许霆案而言，适用特殊减轻的理由有三：一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由，却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物，这和采用破坏自动取款机

---

① 该判决生效后，指引司法的就可能是刑法的法定定量规定或者由两高制定的司法解释所制定的量化要求都不具有权威性，可以通过非常的上告等方式将最高法院之外的其他各级法院依据相关法律或者司法解释所作出的判决否定。

② 2008年4月2日14:22 CCTV《法治在线》，载http://www.sina.com.cn。

③ 同上注。

甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比,客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑,从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说,由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低,由此可以减轻许霆的责任。①

应当说,以上学者的观点只是说明了许霆的案件有适用减轻处罚的可能,但却没有说明以下情况:如果是盗窃金融机构数额特别巨大,法定最低刑为无期徒刑,从无期徒刑减为5年有期徒刑,是从特别重的刑罚减为较轻的刑罚,其幅度跨越了盗窃罪一般数额特别巨大的罪刑阶段,即使情节不严重,作大幅度减轻处罚也不能说有充分的根据,如果依此办理,盗窃数额在10万元以上的没有较重情节(如惯犯、平素表现严重不良者等特殊情况)的就都应当减轻处罚,于是刑法规定的数额特别巨大的盗窃也就成了对特殊情况的处理措施,而不是对一般情况的处理方式,这样一来,刑法对盗窃罪数额巨大与特别巨大之法定刑的规定是给特殊情况设定的,而不是给一般情况设定的,也就导致了现行刑法规定之法定刑的基本失效。如果要其有效,就应当依据法律规定的刑罚进行裁判而不是减轻处罚,即使减轻处罚,如此减轻程度也难有充分理由。

其实,问题不是出在许霆案具有明显的特殊性,而是由于许霆案引起了媒体的广泛关注,并由此使公众关注该案件,依据公众的常识和良知(而不是依据法律的规定以及司法解释对法律规定的进一步细化、数量化),认为这样的裁判是过重的。媒体报道的在此之前已经判决的案件就没有这样幸运,同样的行为方式盗窃取款机里的钱,被判处了无期徒刑,并无人对其大声疾呼判决不公。虽然其数额不同("云南许霆案"的数额是40余万元),但如果依据许霆案的再审判决结果,"云南许霆案"的刑罚也不可能达到无期徒刑,10年或者10年稍多足以,甚至可以在10年以下。不仅如此,如果不是这样的盗窃,而是普通的盗窃,将他人放在公共场所椅子上的一个手提包盗窃,这是在财物持有人转身与他人打招呼的瞬间发生的,行为人逃离现场之后,打开发现里面有15万元现金,完全超出了行为人的预想,但仍然窃喜,这样的盗窃是否可以认为应当减轻处罚,达到5年前后的程度?如果可以,那么相当多的盗窃都是一定程度上利用了被害人的某种疏忽进行的,俗语说的"贼偷方便"就是这个道理,而盗窃数额更是具有相当大的偶然性,盗窃他人一个提包,可能里面没有分文,仅仅是一个提包本身的价值,也可能是提包里装着数以万计的现金或者贵重物品,两种情况在行为人的行为、主观的恶性等方面都是相同的,唯一的不同就是提包里的钱财数量,而这是行为人无法控制的,依据一个偶然因素,决定了行为的成罪与否和刑罚的天壤之别,这种情况是否合理?如果说,预谋的重大盗窃可以作为盗窃的特殊情况的话,普通的盗窃有相当的数量都是利用了被害人的某种不注意进行的,但我国的立法并没有将这样的情况作

---

① 2008年4月2日14:22 CCTV《法治在线》,载 http://www.sina.com.cn。

为法定的从宽处理的事由，司法也没有这样的规则，只要没有极特殊的情况，就依据盗窃数额多寡裁量刑罚，这是立法的规定，也是司法解释的基本内容。

那么，许霆案是否特殊呢？结论应当是否定的。许霆知道自己卡里余款的数额，也知道拿出来的钱不是银行的赠与，而是取款机出了故障，利用这种故障和利用被害人的其他特殊情况没有实质的区别，例如，甲约定到客户家送货，客户家留守的人乙有癔症（但没有被发现），正巧送货人甲到达时发现了留守人乙癔症发作，意识不清因而完全丧失了辨认能力这种情况，于是谎称客户欠款，要求给付，先要求给付 1 000 元，癔症患者如数支付，甲发现这是得钱的好机会，就一次一次要求给付并不存在的各种欠款，得到 17 万元。这种情况可以认为仅仅是不当得利吗？显然不能，这是在利用工具（将甲作为自己的工具）进行盗窃，如果将甲作为工具，是工具给的钱，不是自己拿的，确实不应当算是情节严重，还可以说是比较轻的，但也不是明显应当大幅度减轻的情况，盗窃的相当部分是利用被害人的疏忽进行的，实务中是否都将这样的情况作为大幅度减轻处罚的依据呢？恐怕未必如此，对此情况从轻处罚一般可以做到，而减轻处罚甚至是大幅度减轻处罚，鲜有先例。

由此就涉及一个问题：许霆案的再审确定的刑罚是公正的吗？要回答这个问题，首先需要界定何谓公正。形而上的公正是哲学问题，而作为形而下的公正，起码有两个方面的内容：一是符合常理，公正毕竟不可能就是学者或者有权者的规定，而应当是民众的感觉，如果说感觉是不明确也是不规范的，那么这正好说明了公正的本质，如果说公正是实质的而不是形式的，这种公正就只能是形而上的（观念的），而不是形而下的（制度的），制度是表现公正的，而不是公正本身，因此制度存在解释与改变的可能，如果确定了制度不具有公正性或者公正性弱化，改变制度就是顺理成章的事情。

就许霆的再审判决来说，依据常理，具有公正性，因为 17 万元的盗窃，相当于普通工资族 2—3 年的工资，没有严重的情节甚至还具有一些可以认为对被告人有利的情况，如用自己的银行卡取款，取款机主动吐出多余的款项，这种吐款对行为人具有诱惑的作用等。虽然也具有像逃跑，挥霍所盗窃的款项等不利于被告人的情节，但如果依据常理，5 年的自由剥夺，也足以使被告人的罪恶得到了有效的报应，可以实现报应性的公正，同时 5 年的自由刑之裁判也足以震慑可能仿照其犯罪的人，就预防的功利要求也完全可以认可这样的判决。也正是因为如此，才出现了公众对 5 年自由刑的再审判决给予支持和赞同。

既然这样的判决实质上是公正的，行为人也不具有明显的减轻处罚理由，何以其裁判要大幅度减轻刑罚？这个问题的解决，当与我国的立法规定本身的不适当具有密切关系。

二、立法对涉罪数额规定的基本方式及其利弊分析

(一)立法对涉罪数额规定的基本方式

笔者认为,个案的公正是重要的,没有个案的公正也就使司法公正失去了存在方式,其公正是否存在也就使人怀疑,毕竟判决的公正是通过一个一个的个案表现出来的,而不可能通过抽象的观念自己表现自己。

通过该案件可以发现这样一个问题,1997 年《刑法》立法为了实现罪刑法定之明确性的要求,采取的方式是将明确理解为具体,而具体的方式在一些犯罪中尤其是与侵财相关的犯罪中采取了数额明确的方式。以盗窃罪为例,依据 1997 年《刑法》的规定与 1997 年 11 月 4 日最高人民法院发布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定,盗窃数额较大、巨大、特别巨大的起点分别是:500—2 000 元,5 000—2 万元,3 万—10 万元;与不同的数额相对应的法定刑分别是:3 年以下直至单处罚金;3—10 年;10 年以上或者无期;具有盗窃金融机构数额特别巨大,或者盗窃珍贵文物,情节严重的,法定刑就达到了无期徒刑或死刑。

这里涉及两个问题:其一是立法规定数额是适当的吗?其二是盗窃罪的社会危害性程度是仅仅由盗窃数额决定的吗?就第一个问题来说,结论是否定的。盗窃罪确实是侵财犯罪,侵财数额对于罪的评价来说具有重要价值。但是,立法规定数额的合理性前提就是国民收入水平不变,如果国民的收入发生变化,同样数额相对于不同收入水平的国民来说价值不同(为了说明问题的方便,这里忽略通胀因素),其评价也应当不同。例如,1997 年在立法当时,这样的数额规定也还算得上公平,因为当时中国的工资水平较低,处级干部的月工资也就是几百元,10 万元大致可以相当于十几年甚至二十年的工资,虽然这样的数额论罪制度不一定完全公平,但也具有一定的合理性。但是,之后的 10 年,中国的工资水平增长迅速,普遍增长了 5 倍以上,10 万元也就是 2—3 年(甚至只是一年或者不到一年)的工资。如果说,以侵财的数额作为定罪量刑的依据是一定有合理性的,这种合理性的原因就应当是与工资水平还具有大致的平衡性,即盗窃的数额具有一年至两年的工资数额,其刑罚也就在不超过三五年自由刑来裁判,还具有一定的合理性。① 但贪污的数额只具有一至两年工资数额,刑罚却达到了 10 年以上,表明中国的刑法严厉程度大幅度增加,在盗窃罪中增加了 5—10 倍。这显然不是立法者的初衷,是由于立法当时依据的是立法当时的收入水平确定的刑法数额标准,而工资水平的提高使这样的标准具有不合理性。就第二个问题,结论也是否定的。盗窃罪尽管是侵财犯罪,但决定盗窃罪之社会危害性程度的却不仅仅是盗窃数额,在不

① 需要指出,盗窃罪基本是单纯侵财的犯罪,但并不排除在侵财过程中的犯罪情节具有加重或者减轻处罚的可能性。在盗窃罪等单纯侵财的犯罪中,侵财数额固然在刑罚裁量中具有基础的作用,但犯罪的方法、对象、手段等也会对行为的评价产生影响甚至重大影响,导致并非同数额的侵财犯罪一定同罚。

少情况下决定盗窃罪之危害的主要不是数额,如入室盗窃的情况下,对居住安宁权的侵害就不亚于对财产的侵害;普通盗窃中,盗窃对象的情况,如用来治病的仅有的钱财还是众多存款中预计添加的钱财,盗窃人的情况如是特殊困境中穷极无奈的偶然盗窃还是基于报复而加大被害人困境的盗窃动机等也对盗窃行为的评价具有重要作用,仅以盗窃数额作为设定法定刑的根据并不适当。

如果我们不论这种立法规定数额的立法模式是否适当,只要存在的就是合理的,那么,这样的数额标准显然已经不具有合理性。如果不通过立法或解释的形式做相应的改变,立法的合理性就存在重大问题,在侵财类的犯罪中,就会出现重刑倾向,而且这样的重刑已经成为了现实;如果要这样的重刑不出现,在不改变刑法的前提下,就会形成司法违法的现象,而这种情况的后果将更加严重:法律不具有权威,司法可以改变立法,法制也就荡然无存。从这个意义上说,立法的细密化要求是值得研究的,细密的立法对社会发展的适应性差,而如果适时立法,又会导致立法的不稳定。因此,立法的细密化是难以达到与社会发展具有相契合性的,或者将对量的确认委之司法裁量是否是更合理的方法呢?这是一个需要关注的重要问题。

立法定量是难以做到的,硬要做,其结果就是用公正换取明确,而明确的价值目标就是公正。由此形成了一个悖论:为了公正而要求刑法规定明确,并且以具体作为明确的表现形式,结果是数量化的明确有了,明确规定所追求的公正却因此丧失了。这样的结果是立法者追求的么?如果不是立法者的追求,就需要改变这样的立法规定模式。

其实,明确不等于具体,具体也不等于单纯数量化。这既是技术问题,也是观念问题。说是技术问题,涉及如何用技术实现立法追求;说到观念,也涉及公正到底是什么这样一个形而上学的问题。

与许霆案件类似的案件早在2001年就曾经发生过。当时,云南学生何鹏持只有10元存款的农行卡到ATM机上查询时,因机器故障可随意取款,何鹏取出了现金42万余元,并挥霍了一部分款项。最后,曲靖市中级人民法院以盗窃罪判处何鹏无期徒刑。在ATM机越来越被广泛使用的今天,利用ATM机出故障来占有银行财产的行为是否应当受到惩罚?受到怎样的惩罚才是与法律规定相适应的惩罚?在一审作出判决之后,法律界和社会各界也各有看法。① 甚至判决生效已经执行了多年的类似案件的被告人,也在进行申诉。

就法定刑的设定模式来看,主要有两种基本模式:一种是交叉式;另一种是衔接式。

所谓交叉式,是指不同罪刑阶段的法定刑在刑种或刑度上存在交叉的模式。如

① 2008年4月2日14:22 CCTV《法治在线》,载http://www.sina.com.cn。

《法国刑法典》第311-1条规定:盗窃罪,处3年监禁并科30万法郎罚金。第311-4条规定:犯盗窃罪,有下列情形的,处5年监禁并科50万法郎罚金(具体情形略)。[①] 交叉式设定模式的基本特点在于:同一罪名的不同罪刑阶段的法定刑,不是完全不同的,法定刑的一部分甚至相当大的一部分存在着重合,即相当一段的刑罚是不同罪刑阶段的犯罪共用的,其结果就是,行为虽然属于不同的罪刑阶段,如基本犯与加重犯或基本犯与减轻犯,其可能判处的刑罚可以是相同的,甚至还可能出现加重犯所判处的刑罚轻于基本犯所判处的刑罚。如依据《法国刑法典》第311条规定,盗窃罪的基本犯最高可以判处3年监禁,而加重盗窃罪最低刑与基本犯的最低刑是相同的,因而完全可以裁量3年以下的刑罚。在各国法定刑的规定模式上,主要采取交叉式规定方式的国家较多,如德国、法国、日本、意大利、韩国等国家对法定刑的规定均以交叉式为主。

所谓衔接式,是指不同罪刑阶段的法定刑在刑种或刑度上互相衔接,不存在交叉的规定方式。如我国《刑法》第263条规定,以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,处3年以上10年以下有期徒刑,有下列情形之一的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产:(一)入户抢劫的;(二)在交通工具上抢劫的;(三)抢劫银行或者其他金融机构;(四)多次抢劫或者抢劫数额巨大;(五)抢劫致人重伤,死亡的;(六)冒充军警人员抢劫的;(七)持枪抢劫的;(八)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。与交叉式相反,衔接式设定模式的基本特点在于:同一罪名不同罪刑阶段的法定刑刑种或者刑度完全不同,基本犯的法定最高刑同时是加重犯的法定刑之最低刑,或者基本犯的法定最低刑同时是减轻犯的法定最高刑。法定刑之间衔接紧密,不存在空隙也没有交叉,符合不同罪刑阶段的行为在实际裁量的刑罚上,除有法定或酌定的加重、减轻情节以外,不可能有相同的情况。我国在法定刑设定模式上,虽然也有一些条文在法定刑上存在交叉式的规定,如贪污罪、受贿罪,但其主要的规定方式是衔接式。不同罪行阶段法定刑之间广泛采衔接式的国家,除中国外,还没有发现其他的国家。

(二)两种不同模式之利弊探究

如果不考虑在基本犯的基础上,加重或减轻刑罚的事由之类型,仅从形式的侧面观察两种模式的利弊,那么结论是清楚的。衔接式对法官来说,是对不同罪刑阶段的行为裁量完全不同刑罚的命令,法官不能逾越,重罪重刑,轻罪轻刑,且罪的重轻与刑的重轻完全由立法规定而不是由法官裁量,限制了法官的自由裁量权,符合罪刑法定主义的基本要求。而交叉式在立法上存在着不同罪刑阶段的刑罚的交叉,不同罪刑阶段行为所可能判处的刑罚并不是非此即彼,而是亦此亦彼,即具有一定模糊性的状态,

---

① 依《法国刑法典》第131-4条规定,监禁刑设定了7个幅度,分别规定了每个幅度的最高限,因此其分则各罪规定的刑罚,其所列年限是指最高限,而非绝对确定的刑罚。参见《法国刑法典》,罗结珍译,中国人民公安大学出版社1995年版,第11页注释2。

在交叉的范围内,对行为人裁量何种刑罚,属于法官自由裁量权的范围。在刑法规定了不同罪刑阶段,而不同的罪刑阶段的刑罚又处于亦此亦彼状态的情况下,就势必扩大法官的自由裁量权,而罪刑法定原则的基本价值目标之一,就是通过立法限制法官的自由裁量权。显然,两者在形式上是处于不协调状态的。

但是,问题的关键在于,加重犯与减轻犯,并不是与基本犯不同的犯罪,而是在基本犯的基础上,因为存在某种事由,而规定加重或减轻刑罚,从而形成加重犯与减轻犯。由于加重与减轻及与基本犯关系的复杂性,导致基本犯与加重犯或减轻犯在刑罚的关系上并不像形式上那样单纯。因此,为了使对法定刑设定交叉式与衔接式之不同模式的评价有根有据,以下几个问题的研究应该具有前提的意义:其一,加重或减轻事由可能存在的内容;其二,加重或减轻事由可能的设定方式;其三,各种加重减轻事由与基本犯的关系。只有在解决了以上问题的基础上,对衔接式与交叉式的分析与评价才是有针对性,有实际价值的。因而,首先研究以上诸问题。

第一个问题。加重或减轻事由是导致刑罚加减的事由,而刑罚的加减并不是一种自然事态的结果,而是说明行为的价值内容即社会危害性的结果。从这个意义上说,能够作为刑罚加重或减轻事由的,就应该是对行为社会危害性有影响的内容,如果不能影响行为社会危害性的因素,当然也就不会成为刑罚加减的内容。①

影响行为社会危害性程度的内容有很多,对内容从不同的角度可以进行不同的类别划分,以便能够清楚把握之。本文采取将其划分为影响行为人人身危险性程度的事由②和影响行为社会危害性的事由两类的方法,依此分析加重减轻事由的基本类别。

首先看说明行为人的人身危险性程度的事由所导致的对社会危害性的影响。除罪过之外,能够说明行为人主观恶性程度的事由主要有以下几项:其一,行为人的目的和动机。一般说来,行为人的目的主要与故意的内容相关联,一般可以构成故意的内容,这里不多作说明。犯罪动机对行为人主观恶性程度影响较大。同是盗窃,为了解决一时的生活之需而盗窃与为了满足挥霍需要而盗窃,说明行为人的主观恶性程度不同。其二,行为人一贯表现。行为人的素行对于说明行为人的主观恶性程度有重要作用。一贯表现良好,偶然犯罪,一般说明其主观恶性不大,一般造成的社会影响也较小;相反,素行恶劣,甚至有刑事前科,一般说明其主观恶性大,若表现于外,所能够造成的社会影响一般也较大。其三,行为人的犯后态度。犯罪后的态度如何,是认罪悔过,还是顽抗推诿,表明行为人对自己行为的态度不同,而这种不同直接说明行为人的

① 有学者认为,社会危害性是犯罪的特征,而人身危险性属犯罪人的范畴,行为是否构成犯罪,应由行为的社会危害性决定。参见曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国人民政法大学出版社 2000 年版,第 209 页。笔者赞成该观点,同时认为,法定刑的设定应该与行为的危害程度相适应。

② 关于人身危险性是社会危害性的表现还是与社会危害性并列,理论界观点不一。笔者认为,在人身危险性表现于外时,是造成社会心理不安的因素之一,在此意义上,其具有社会危害性表现形式的意义。

主观恶劣程度,也会对社会造成不同的影响。总之,不同的人身危险性,之于内,说明了行为人的主观恶性不同;之于外,则可以说明对社会的影响不同,因而也是社会危害性的表现形式之一。

再看影响行为的社会危害性程度的事由。这种事由可以有很多表现形式,如果从行为本身的因素和行为后果因素进行分析,也可以看出该类事由的大体脉络。

其一,行为本身的因素。作为行为本身的因素,主要有以下情况:一是行为手段或方法。行为的手段与方法既包括使用工具的情况,如用危险性大的工具,用释放后难于控制的自然力的手段实施犯罪行为,与使用危险性小的工具相比,其行为本身危险程度就有很大区别;也包括对工具的使用方法,同是使用利器,用残忍的方法实施的杀伤行为,与以一般方法实施的杀伤行为其危害自然不同。二是行为对象。同样的工具和手段施于不同的被害人,表明其危害不同。如对没有反抗能力的老、幼、病、残的人实施侵害,与对具有正常体魄的人实施侵害所造成的危害就不相同。三是行为的时空条件。不同的时空条件往往影响行为的完成可能与可能造成的社会影响。在被害人容易得到救助的时空条件下实施行为或在相反的时空条件下实施行为,行为完成的可能不同,行为本身的危险也就不同,在难以被发现的时空条件下与大庭广众之下实施行为所造成的社会影响不同,而社会影响又是社会危害性的重要表现之一。同样的行为在社会治安状况较好的情况下实施与在社会风气不良、正不压邪的社会状况下实施,其对社会的影响也不相同。当然,就行为本身的各种因素来看,它们对行为社会危害性程度的影响不是独立的,它们或者说明行为人的主观恶性程度,或者表现出对社会的客观危害和不良影响,当然,这种说明或影响又是值得提出的,尤其是在实际的危害后果与其他状态下的危害后果相同或相似时,行为自身的各种因素就可以作为难以具体测量的危险,不良影响的具体标志,而在说明行为人的主观恶性程度或行为的社会危害性程度时起作用。

其二,行为后果因素。行为的后果也可以分成以下几个方面:一是犯罪结果,即行为侵害某罪的犯罪客体所形成的结果,如杀人罪的死亡人数;盗窃罪的侵财数额;伤害罪的伤害程度等,都是行为侵害犯罪构成客体[①]所造成的犯罪结果,可以说,犯罪结果是行为后果因素中说明行为社会危害性程度的核心因素。当然还需要提出,在犯罪结果中,物质性的犯罪结果由于其具有物质性的表现形式,其程度容易确定,而非物质性结果的确定就相对困难,因而非物质性犯罪结果的量的确定往往通过其他因素表现出来,这就是第二个方面,行为后果因素。行为后果因素的表现形式是多方面的,犯罪结果是其重要表现形式,前面已论述,除此之外,还有各种犯罪结果之外的后果因素,如

① 关于构成要件客体与非构成要件客体的关系,参见李洁:《犯罪结果论》,吉林大学出版社 1994 年版,第 68—70 页。

非法所得的数额,虽然违法所得在某些犯罪中并非作为犯罪结果的内容,如受贿罪的受贿数额、生产销售数额等,它不能直接说明犯罪结果的量①,但其反映出生产经营的规模,也就间接地说明了对社会的影响;结果之外的损失数额,包括犯罪行为导致的直接损失与间接损失数额,如玩忽职守、滥用职权罪等犯罪所要求的重大损失;制造违禁品的数额,如伪造的货币、证券,制造的毒品的数额等,可以直接或间接地说明行为给犯罪客体造成的威胁大小。这些因素虽然不是犯罪结果,但在说明物质性犯罪结果的量的方面具有重要的意义。三是行为所造成的社会影响。犯罪行为所造成的社会影响是多方面的,可以是地域性的影响,也可以是全国性的影响;可以是国内的影响,也可以是国际性影响;可以是对社会治安秩序的影响,也可以是对国家声誉等的影响;可以是一般性的影响,也可以是政治性影响;可以是强烈的影响,也可以是比较微弱的影响等。虽然影响的内容、程度、方式等可以不同,但无论是何种影响,总是由行为造成并表现于外的后果因素,因而可以作为行为社会危害性程度的一个重要内容或表现。以上后果因素在一个案件中可以只存在一种,但更多的情况是几种后果因素同时存在,共同说明行为人之行为的社会危害性程度。

在影响行为人的主观恶性程度和行为的社会危害性程度的各种因素中,一个具体案件一般是多方面因素并存的,总和起来才可以确定其社会危害性与人身危险性,正确定罪与量刑。但作为刑罚的加减事由,尤其是作为立法设定加重、减轻犯罪形态根据的事由,却未必是每一个犯罪都存在,或其多种情况的总和才是达到超出基本犯所能容纳的范围,必须设定罪的加重或减轻形态的程度。因此在不同的犯罪中,作为设定加重减轻犯罪形态的事由,还是需要根据不同罪名的情况进行必要的选择。而选择出来的具体内容采取何种设定方式,就是需要研究的另一个问题。

加重或减轻事由与法定刑关系可能及应有的设定方式有以下几种:

(1) 对加重与减轻事由的规定方式

作为决定加重犯或减轻犯的事由,就应该在立法上予以规定。就其规定方式来说,依据刑法,不外有三种规定方式。

其一,综合规定的方式。即对基本犯的刑罚予以修订的理由是综合的。在基本犯的基础之上,设定一个综合事由而成立加重犯或减轻犯。如我国《刑法》第 232 条规定的“情节较轻的”,就是对杀人罪减轻犯的减轻事由的综合规定。至于什么情况属于情节较轻,这并非一个确定的单项指标,而是一个包含多项内容的综合指标,它既可以是某个具体内容出现就符合减轻犯的规定,如激情杀人,也可能是多种具体情况的结合,如长期受被害人的欺辱,又是在激情之下的杀人。而我国《刑法》第 305 条的伪证罪在

① 由于受贿数额等不是犯罪客体的表现形式,因而其改变也就不具有犯罪结果的意义,它只能成为犯罪之社会危害性的参照物。

基本犯基础上规定的“情节严重的”,则属于对加重犯加重事由的综合规定,这种综合指标中所包含的内容是多方面的、不确定的。

其二,列举式规定方式。即在基本犯的基础上指出具有某种情况或具有以下所列的某种情况之一的,是加重或减轻犯,如我国《刑法》第257条第2款规定,“犯前款罪(暴力干涉婚姻自由)致使被害人死亡的”属于该罪的加重犯,其加重事由是单一事项,而《刑法》第263条抢劫罪的加重犯则列举了8种情况,只要具有8种情况之一的,就构成抢劫罪的加重犯。

其三,综合与列举结合的规定方式。是既有单项列举,又有综合指标的规定方式。如我国《刑法》第264条关于盗窃罪加重犯的规定,加重犯的加重事由第一、二阶段均是将数额巨大、数额特别巨大与情节严重和情节特别严重相并列,第三阶段加重犯是列举特定对象或情节的并列。在我国刑法中,这种单项列举与综合指标并列规定的方式在加重性犯罪的规定中占了相当比例。

(2)不同事由规定方式与法定刑设定方式的组合

第一,综合式方式与衔接式的组合。综合式加重或减轻事由的设定方式之特点,是情况的综合性,因而可以使基本犯与加重或减轻犯的社会危害性处于完全不同的程度。这种综合方式的特点导致在加重与减轻犯的法定刑设定上与衔接式的合拍是一目了然的。

第二,综合式方式与交叉式方式的组合。因为综合方式的特点,导致其与交叉式法定刑设定方式的不一致,因为只有基本犯与加重或减轻犯的社会危害性程度存在交叉的情况下,法定刑的交叉才是合理的,而综合方式恰恰是由于加减事由的综合性导致其可以与基本犯较明确地区分开来,再设定交叉式法定刑虽然可能,却又带来本应避免的不确定性。

第三,列举方式与衔接方式的组合。列举方式的特点在于行为符合基本犯的情况下,只要具备了所列举的事由或列举的某项事由之一的,就构成加重或减轻犯,而具备该事由却不一定使行为的总体社会危害性程度高于基本犯的法定刑所容纳的限度。例如,行为人入室抢劫,采取胁迫手段,抢得数额较小的财物的事件,由于具有了入室抢劫的情况,属于加重抢劫,但由于手段缓和,抢劫数额小,没有造成人身的现实侵害,其总体的社会危害性未必比任何基本抢劫罪更大,如行为人以暴力手段,抢得数额接近巨大的财物,并造成被害人接近重伤但尚不构成重伤的伤害结果,这种情况由于不具备加重抢劫罪的任何一种情况,因而只能属于抢劫罪的基本犯,但如果从行为总体的社会危害性来看,前事例的危害不大于甚至小于后事例的社会危害性。因此可以认为,如果采取单项指标列举的方式,在相当多的情况下,基本犯与加重、减轻犯的社会危害性会存在交叉。在社会危害性存在交叉的情况下,法定刑关系采取衔接式的规定方式,显然不具有适当性,它会使一些情况依法裁量的刑罚有失公正,而这种实质的不

公正又来源于加重减轻事由与法定刑方式的不当组合。

第四,列举方式与交叉方式的组合,这种组合应该说,它具有加减事由规定方式与法定刑设定方式的相一致性,是合理的。

第五,结合式方式与衔接方式或交叉式的组合。这样的两种组合,它集合了前四种组合的全部优点和缺点,使之在不同的情况下出现,如结合式中的综合事项,会存在组合方式中之①②的优点和缺点,而结合式中的列举事项,则会存在组合方式中之③④的优点和缺点,因此这里不重述。但有一点值得指出。在结合式中,有些列举事项本身也不是单项指标而是综合指标,如在我国刑法中经常出现的"后果严重"的事项,其内容虽指后果,但由于后果本身的多样性,导致其包括了情节中的相当部分内容,难于将其作为单纯的单项指标。

三、法定刑设定模式的应有的选择

从以上的分析可以认为,法定刑的设定模式是否合理,决定于对加重减轻事由的规定方式。单从形式上看,加重减轻事由的综合式与法定刑的衔接式结合,或者加重减轻事由的列举式与法定刑的交叉式结合,这两种规定方式均具有合理性。问题在于,从刑法的基本价值目标出发,从实质的角度进行观察,选取何种规定方式是合理的,这就是本部分所要研究的主要内容。

(一)综合式与列举式的利弊分析

从前文可以看出,衔接式只有与加重减轻事由的综合规定方式结合才具有形式的合理性,交叉与列举式结合具有形式的合理性,那么,在具有这种形式的合理性的基础上,加重减轻事由的规定方式是综合式科学还是列举式合理这应该是选择的前提,即在存在形式合理性的基础上,选择哪种模式实质是合理的。在我们具体评价其利弊之前,首先分析一下,两种不同的规定方式的基本特点。

1. 综合式规定方式的特点

其一,内容的选择性。综合规定方式一般用情节严重、情节特别严重、情节恶劣或情节较轻等语言表述其加重减轻的理由,而这样的表述就存在多样性,即情节内容的多样性,本文第一部分所列举的情节的内容均包含在情节的内容之中。而在不同的犯罪中,一罪难于存在情节的全部,只是选择其一般作为具体的内容。

其二,内容的不确定性。严重或较轻在程度上具有多样性,什么样的事实情况属于情节严重或较轻,并不能单纯从语言表达直接解释出来,严重、较轻与否,一个重要的标准是其参照系,而合理的参照应该是基本犯,只有在基本犯的情节确定的情况下,严重或较轻程度才是可以确定的,而在现行法上,无论是中国的法律还是外国的法律,在基本犯的成立条件上,无论是最高还是最低程度,都难以明确确定,例如,盗窃罪的成罪的基本程度是什么?各国规定不一,日本规定:窃取他人财物的是盗窃罪,在立法

上未作任何程度的限制,但并不意味着盗窃任何他人财物均可以构成盗窃罪,如在商场盗窃一块面包,在他人的花园里偷摘一朵花,侵占数量微小的财物,显然不具有刑罚可罚性,不构成犯罪①;在中国,刑法虽然规定盗窃罪的成罪条件是数额较大或多次盗窃,但数额较大是多大,多次盗窃是几次,也难以由立法本身解决问题,这也就是日本的立法定性司法定量模式②与中国的立法定性又定量模式虽有区别,但在基本犯成罪程度不可能在刑法规定中予以明确这一点上又具有相当的一致性。由于参照系是不确定的,导致加重或减轻的事由本身也不可能是具体确定的。

其三,解释的决定性。由于内容的多样性和不确定性,导致立法内容的明确依赖于解释。需要说明,任何法律都需要解释。首先,立法的简明性决定了不可能将社会存在的事实在法律上作一一列举,否则就会导致立法冗长和把握的困难,最终被束之高阁;其次,立法者的能力有限性决定了不可能将可能出现的情况列举无遗,列举越具体详细,漏洞越多,因此简短是法律之友。③ 由此同时说明,任何法律都需要解释,但这种解释也有程度问题。刑法的规定越抽象,越概括,其解释的余地越大,立法内容的实现对解释的依赖就越强;反之,刑法的规定越具体、明确,其解释的余地就越小,解释受立法规定的限制就越多,因为法律的解释不是随意的,它首先不应该离开法条的语言表述④,比较明确、具体的语言本身就给解释限定了范围;其次还不能离开对立法意图的把握,法律解释不是文字解说,法律的语言充满了"意义",而包括语言的意义即立法意图的把握,又不能离开立法本身,如果要完全从法律规定之外去寻找、推测立法意图,那么法律本身也就不具有任何意义。由于综合性的规定其语言表述高度抽象和概括,导致对其内容的解释无法依靠立法语言表述,因为这样的表述只不过是一种宣言式的规定,根本没有规定其具体内容,因而其具体内容的确定决定于解释而不是解释决定于立法。

其四,司法裁量权的无限性。由于立法机关很难就法律规定的各种情节内容进行具体说明(否则就可以在立法上进行列举),其法律的解释(这里指的是有权解释)就只能由司法机关进行,或者由最高司法机关作出对全国有约束力的司法解释,如我国最高法院的司法解释,或者由司法人员就具体案件对法条的概括性规定,根据自己的理解进行解释。这样,立法的过于抽象和概括,就必然导致司法裁量权的无限性。

其五,司法不平衡大面积存在的可能性。在中国,由于幅员辽阔,各地区之间的司法缺乏沟通(现在还没有这种沟通的有效途径),在没有最高司法机关司法解释(这已是普遍的情况,最高司法机关所作的司法解释虽然已经很多,但也还是有限的)的情况

---

① 参见〔日〕前田雅英:《可罚的违法性论研究》,东京大学出版会 1982 年版,第 51—55 页。

② 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 1996 年版,第 50 页。

③ 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社 1999 年版,第 39 页。

④ 参见董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 234 页。

下,各地区司法机关各行其是就不可避免,导致一个统一的国家之内司法不平衡甚至是严重的不平衡就是非常可能的,而且在我国这种可能已经变成了现实。

2. 列举式的特点

加重减轻事由的列举式规定方式也具有自己的特点,至少可以举出以下几点。

其一,内容的单项性。列举式是直接列出哪些情况出现可以加重减轻刑罚,因而其内容具有单项性。虽然在一个加重罪或一个减轻罪中,其列举的事项往往不是一个而是多个,但每一个所列举的事由均具有独立性,是不依赖于其他事项的出现就可以对加重减轻刑罚起作用,因此无论列举的项多少,作为加重或减轻刑罚的事由都是单项的。

其二,内容的确定性。由于属单项列举,因而它不依赖基本犯的程度,只要基本犯成立,并出现了法律所列举的加重或减轻情况的,就可以适用加重或减轻的法定性。

其三,内容规定的不完整性。由于社会生活纷繁复杂,社会不断发展变化,作为在特定时间内的各种条件包括社会环境条件、理论发展状况、司法整体水平、立法者的基本状况下的立法,是不可能穷尽作为某一种犯罪的加重或减轻的全部事项的,因而其列举必然会存在漏洞,甚至很大的漏洞,导致立法的不完整,不能适用于全部的从应然的角度说来应该作为加重或减轻犯罪处理的全部情况。

其四,对司法裁量权的限定性。由于对加重减轻事由采取列举的形式,因而其司法裁量权就必然会受到限制,虽然在列举式的规定中,仍然有司法解释的余地,有时这种解释的余地还很大,例如,我国抢劫罪加重情况之一的入户抢劫之"户"的理解,就有多种观点①,因为"户"之语词的含义即非一义,而是多义,而选取多义中的哪种含义,仍然需要依据立法意图对之进行解释,否则其意义并非不言自明。这样的解释的限定性就必然导致司法裁量权的限定性。

其五,基本的司法平衡与部分实质不公正并存。列举式的规定方式虽然需要解释,但其解释的余地有限,不至于出现大面积的或者严重的不平衡,因此,司法的基本平衡也就是该方式的必然结果。但是,由于该种方式的不完整性,必然会出现两种情况:一种是由于立法的疏漏,无论这种疏漏是必然出现的(如社会的发展导致新情况的出现,而这种新项不可能在已经存在的立法上得到反映)还是人为造成的(如由于立法者的认识的局限,导致应该规定的情况未作规定),都会出现值得作为加重或减轻情况的事由,由于立法的规定而无法处理,导致实质上的不公正(形式上合法而实质上违背了法的基本精神)。另一种是已经规定的情况不合适,如某些立法上列举的事项并不符合现实要求,或者立法规定的某些情况由于社会情势的变化使其内容发生变化(如

---

① 对此问题,在1997年刑法制定之初,对户的理解观点不同,最近,根据最高人民法院的司法解释,入户抢劫之"户"主要是居民住宅。参见:《最高人民法院关于审理抢劫罪案件具体应用法律若干问题的解释》,2000年11月17日最高人民法院第1141次会议通过。法释〔2000〕35号。

在不同情势下其社会危害性的增加或减少)。无论哪种情况,都会导致实质不公正的出现。

从以上分析可以看出,无论哪种模式,从其所具有的特征上看,都是利弊并存的,没有哪一个是绝对的好,或者哪一种是绝对的坏,从已经出现的规定模式看,还没有发现最好的方式。因此,只能从立法意图或称基本的立法方向上来分析两种模式的利弊,看哪种是牺牲最小,即相对好的模式以供选择。

(二)应有的选择——从罪刑法定原则的基本要求出发

在逐渐走向法治,刑法中已经规定罪刑法定原则的中国现代社会,作为对立法的评价以及对立法模式的选择,就不能不依据刑法的基本价值取向——罪刑法定原则的要求来进行评判和抉择。

首先应该指出,按照罪刑法定原则的基本理念来要求立法,立法应该是明确的,因为只有明确的立法,才符合民主主义、保障人权的要求。① 在民主主义之下,人民是真正的立法者,虽然人民要通过自己的代议制机关(在我国是人民代表大会)来制定法律,但是代议制机关制定的法律还须符合民意,否则这种代议制机关就已经异化,脱离了民主主义的要求。而要想使立法符合民意,就必须明确,使民众能够了解法律的内容,了解刑法禁止什么,在不同的情况下如何禁止。这就要求刑法必须明确。虽然明确不等于具体②,简短是法律之友,但这里所说的具体应该是指过于烦琐、累赘,而不是要求过于概括、抽象;这里所说的简短,是不要求刑法过于冗长,而不是短到可以任意解释的程度。

同时,只有明确的法律才符合现代社会罪刑法定原则的基本价值目标之一的保障人权的要求。③ 在现代社会,人权保障是法律的基础之一,那么作为刑法的保障人权的要求,无论是保护被害人和一般公众的人权,还是保障被告人的人权,都要求刑法的明确。没有明确性的刑法,被告人就只是司法的客体,也就避免不了成为司法擅断的牺牲品,直到罪刑法定原则的规定,才使刑法成了被告人的大宪章。④ 另一方面,从一定意义来说,罪刑法定的基本理念之一的保障人权的思想,从设定规则来说,是使全体公民有所遵循,能够预测自己行为的后果,保证最大限度的行为自由,不发生行为萎缩的效果⑤,而这正是对一般公众的人权保护的内容之一。而两种人权的保护都有赖于规则的明确性,弹性过大,过于抽象、概括的规则与没有规划相去不远,显然,保障人权的思想,要求刑法规定的明确性。

---

① 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社 1999 年版,第 28 页。
② 同上注,第 39 页。
③ 同上注,第 26 页。
④ 同上注,第 29 页。
⑤ 同上注,第 27 页。

由此可以得出明确的结论:在加重减轻事由的规定上,依据罪刑法定原则的要求,应该采取列举式,虽然列举式也不可避免地存在诸多不足,但这些不足正像法治本身并非完美无缺,也存在不足一样,这也可以说是为坚持一项原则而不得不付出的代价。当然,如果我们能够找到没有缺点的规则是最理想的,问题是这种最理想的规则至今并未被发现。在列举式的加重减轻事由的规定之下,其法定刑的设定方法基本上应该采取交叉式而不是衔接式。其理由是简单的:单一的列举方式,不可能由一种情况导致法定刑(基本犯)上限的绝对突破,而在更多情况下是一种兼容。例如:就抢劫罪的入户来说,如果将户理解为居民住宅,那么入户本身就必然侵害了其他地点抢劫所不可能存在的公民居住安宁权,因为只要有了这一情节,在其他情况相同的时候,入户抢劫的社会危害性要大于非入户抢劫。但如果与其他情况综合考虑,完全可能出现与非入户抢劫的社会危害性相比较更小的情况,使其法定刑衔接,显然并不合适,尤其我国抢劫罪的加重犯的最低刑比基本犯的最低刑高出7年,试想,何种情节自身的情况可以使刑罚提高7年,我国的非法侵入住宅罪的法定最高刑也不过3年有期徒刑。当然,只要一出现加重情况,与无此情况相比,危害性显然加重,因而规定交叉式的法定刑,更容易处理该类事件。

诚然,交叉式的缺点也是明显的(如前述),它可以使法官的裁量权加大,但这种裁量权与综合式规定与衔接式结合的方式相比,交叉式的缺点是显性的,立法可以通过交叉的幅度设定情节本身的价值(负价值即增加刑罚的最低量),虽然法官可以自由裁量,但此裁量又必须受立法规定的情节价值本身的限制,其不足与不正当裁量容易受到监督和限制,问题也比较容易被发现。而衔接式的缺点是隐性的,虽然刑罚的衔接貌似公允,但加重减轻情况本身的不确定,也会使不公正的裁量失去评价标准,甚至完全不会被发现。因此可以认为,交叉式规定方式具有选择的合理性。

如果在交叉式的法定刑规定模式之下①,许霆案件的解决就是容易的,根本用不着减轻处罚,依据法官的自由裁量权,就可以直接解决这样的问题。当然,在这种情况下,如何限制法官的自由裁量权是一个值得研究的问题。笔者认为,通过真正控辩式的诉讼模式,将裁判案件的权力真正赋予法官,为了避免法官滥用权力,要求法官制作附有充分判决理由说明的判决,而且这种理由不是或者不仅仅是自说自话,而是要对原被告双方的请求及其理由进行有说服力的理由论证,刑事裁判就会成为阳光之下的说理过程,得到加害人、被害人、国民的理解也就会顺理成章。

---

① 如日本、德国、俄罗斯刑法的规定中,不同罪行阶段的法定刑基本采相互交叉而不是相互衔接的模式。

应确立常见犯罪的量刑规则

——以许霆案为视角

王利荣*

一、该案争议暴露的实质问题

目前，许霆案虽经最高人民法院核准而尘埃落定，由此暴露的常见犯罪量刑规则不甚清晰的现状却引人深思。

照理说，该案无论是定性盗窃还是诈骗①都属常见犯罪，尤其盗窃罪的发案率、判决率均居我国犯罪之首，其法定刑设置、量刑基准与情节适用明显比其他犯罪的刑罚适用标准更系统、更具体。首先，为体现罪刑相适应，《刑法》第264条以四个层次的法定刑幅度对应特定的事实：盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他特别严重情况的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；盗窃金融机构数额特别巨大的，或者盗窃珍贵文物情节严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。这显然是侵犯财产罪中法定刑等级最多、量刑标准最细的规定。其次，1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》，统一规范了不同被盗物品的价值计算方法，提示法院注意根据案件具体情况运用盗窃犯罪的情节，具体解释了数额较大、巨大和特别巨大的起点标准，其中明确“个人盗窃公私财产3万元至10万元以上的”属于数额特别巨大。可见，它在刑法分则的基础上为各级审判法院认定与处罚盗窃罪提供了更具体、系统且更具操作性的标准。再次，最高人民法院还根据审判实践中存在的问题，下发《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》，这一准司法解释

---

* 西南政法大学教授。

① 近年的司法惯例是在柜员机上做手脚定性为盗窃。事实上行为人在柜台上取款时隐瞒真相致使职员自愿交出财物，与其利用柜员机故障让其自愿交出财物，没有什么不同，许霆的行为定性为诈骗罪更为妥当。不过，两种行为方式竞合情形下，前一定性不存在原则错误。就司法效益来说，行为人有罪且须对其承担相应的刑事责任，足矣。而且该案如果按诈骗罪定性，量刑标准不甚清晰的问题仍然存在。

进一步充实和调整了司法解释的内容,细化了定罪和量刑标准,其中特别增加了一些可以不予定罪和减轻处罚的情况。最后,广东省高级人民法院根据本地区实际详定处罚盗窃罪的具体数额标准,指导辖内法院的量刑活动。

但值得注意的是,同一法院对该案作出的反差极大的量刑结论却都是在这一标准体系下被生产出来的。按这一标准体系,该案前后审理有以下共同的推理过程:(1)许霆盗窃金融机构的事实是成立的,只要确认其数额特别巨大,量刑基准就应当依法对应该罪的最高法定刑等级;(2)根据相关司法解释包括广东省高级人民法院制定的数额标准,许霆盗窃钱款明显超过了数额特别巨大的起点,由此,量刑基准在此区间得以确定;(3)尽管行为人在作案后潜逃直至被抓获,巨款已挥霍一空,毕竟他是在强烈诱惑下犯罪,因而仍应从宽处罚。它们的区别在于适用后一情节在法定刑等级内从轻处罚,还是降等级处罚,降至哪一级处罚?

由于本案主审法官在判决书中所附理由不像他在宣判刑罚结论时那么直接和具体,所以我们无从确知两次审判的情节适用根据。

第一次量刑中,法官虽考虑了许霆受诱惑犯罪的情节,犯罪人之所以被判无期徒刑可能是基于以下审判心理:(1)法官得判断该情节是否属于《刑法》第63条第2款规定的情节,能否启动特殊程序,判断在哪一个法定刑等级择定刑罚才会被核准,而这些在现有量刑标准中找不到现成的答案;(2)自己既然拥有刑罚裁量权,犯罪人受到处罚属咎由自取,加之犯罪形势严峻,法定刑框架下择用较轻的刑罚还将涉及立场不稳,择用较重刑罚则至多只是方法不当,何况选择从轻处罚已是从宽;(3)在现有业绩考核和评价机制中,根据个案事实改变常规量刑的做法通常会给审判者个人带来麻烦,照章办事中规中矩。然而,超出法官预想的是,自己以重刑表达公正的做法却让普通人的情感天平倒向了司法的对立面。具体地说,对犯罪人的过重处罚让公众淡化了银行作为被害人的角色,舆论有意无意间将其推到诱惑者的位置;犯罪人非法窃取(或诈骗)他人财产、潜逃及赃款挥霍一空等事实被淹没在社会对其失去终身自由的同情之中;负责该案审理的法官则被斥为一部只会照搬法律条文的机器。

改判结论根据同样不明确,以致我们不能判断该结论是迫于舆论的压力还是基于本案的特殊性。倘若是前者,那些法院及法官心知肚明的量刑规则的缺失现象,就仍会继续为所谓的自由裁量所遮蔽。如果不是,量刑规则就应当通过陈述个案裁量的理由被揭示出来。

二、该案反映的量刑疑难问题

作为常见多发犯罪,各级法院相关盗窃罪的定罪标准、量刑基准与情节适用要求

尽管相对定型,但毕竟"将罪责程度转化为刑罚程度是最困难的"事情①,罪刑对应只具有相对性。何况发案越多,非典型性情节出现的概率就越大,近年来针对盗窃犯罪的定性或者定量不时引发争议就是例证。据笔者所知,除该案外,某打工仔盗窃店主存款用于结婚很快反悔退还,某盗窃电脑的司机连夜将赃物如数奉还,利用电信部门管理失误反复充值手机话费数额特别巨大等案件的定罪或量刑,都曾让经办人为难。至于在量刑阶段,最难定型的部分还不是确定量刑基准,尽管它也在引发争议,而是如何提取和适用情节调整刑罚。

通常,法官考虑处罚结果时会以过去该类犯罪的刑罚作为参照值即确定量刑基准。我国审判实践中,量刑基准一般指对已确定适用法定刑幅度的个罪,对应在既遂状态下反映该犯罪的手段特点或者客观危害程度的基本刑罚量。② 就盗窃罪而言,鉴于刑法对盗窃罪的处罚是按数额或特定情节划分法定刑等级,各级法院主要循着这一立法思路细化量刑基准,即一方面按行为人盗窃数额在法定刑幅度内细分刑格,一方面尽可能具体"特别严重情节"、"金融机构"、"珍贵文物"之类的含义,对应相关刑罚等级,这些做法都是长期审判经验的积累,因而都是法官裁量的重要依据。紧接着,主审法官要做的是提取个案情节调整罚度。

具体就该案而言,法官找到数额情节及对象情节相对简单,由数额巨大及盗窃金融机构对应确定无期徒刑、死刑为基准区间,不仅坚守了罪刑法定的原则,也遵循了长期形成的司法经验即司法解释的要求。但要提取和适用个案情节调整刑度就不那么容易了:(1)找不到判断情节作用程度的现成标准,按自己的内心确信作出裁量又说不出法律依据,以至于自己不足以说服控辩双方甚至同行。(2)运用犯罪后情节调整刑罚要明确一些,在犯罪事实中提取情节会不会形成重复评价,尤其是适用其降低法定刑会不会颠覆根据数额和特定情节确定的量刑基准,须慎重选择。兴许正是法官存疑于犯罪情节的选择,第一次审理时他们选择了相对稳妥的做法,运用受强烈诱惑情节从轻处罚犯罪人。这一选择显然与我国刑事法官长期受规范执法的职业要求有关,与其较强的执法意识有关。

---

① 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 1048 页。

② 这一定义与现有理论观点和实务部门的抽象概括有所不同。有学者认为,量刑基准指"对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪,在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其一般构成事实所应当判处的刑罚量。"详见周光权:《法定刑研究》,中国方正出版社 2000 年版,第 326 页。实务部门认为,量刑基准指"对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪,在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其一般构成事实所应当判处的刑罚量。"详见《江苏省高级法院量刑规则》,载最高人民法院刑事审判庭:《刑事审判参考》(48),法律出版社 2006 年版,第 127 页。笔者以为,两个定义中的一般构成事实语义不清。而且将构成事实与犯罪情节决然分离虽旨在划分定罪与量刑范围,但会人为地分割一个事物抽象与具体的两面,以致割裂事实的本身。其实,定性犯罪的事实就是决定其法律后果的基础事实,前者既用于定罪也必然用于确定基准刑。

首先,他们非常重视自己活动的直接法律依据,在该案中,许霆盗窃金融机构且数额特别巨大的具体事实符合刑法分则规定的对应盗窃罪最高法定刑幅度的抽象事实,这个法定事由实际制约了法官到犯罪事实中去提取犯罪手段、犯罪动机等情节降低法定刑等级,因为运用这些情节在法定刑内调整刑罚没有问题,用于降低法定刑等级就实际否定了“盗窃金融机构,数额特别巨大”法定事由的作用,于是“放大”酌定情节的作用会让自己心中无底。

其次,按通行理论说法,在量刑活动中,除犯罪构成事实外,那些关于主体责任能力、共犯、故意犯罪形态等法定情节的提取和适用尚有依据,手段方式、结果、对象、行为人选择的时间、地点等情节则因其“酌定”性质而与那些犯罪前后的情节混杂一处,被统称为“刑法未作明文规定,司法机关和理论工作者根据刑事立法精神和有关刑事政策结合司法实践总结出来的,由审判机关在量刑时应当灵活掌握和酌情适用的情节。”①这就让法官对其用与不用,以及适用力度更是拿捏不定。如此一来,受限于行为刑法的机械理解,犯罪人在犯罪后恢复原状、全部赔偿损失的行为被法院疏漏评价就更有可能。目前,法定情节作用优于酌定情节的作用是审判部门的普遍看法。② 换句话说,只要法律有规定,即使是发生在行为实施的前后,无论其属于应当还是可以情节,法官凭此降低法定刑等级时都会比适用“酌定”犯罪情节要更具底气。

三、常见犯罪情节适用的规则要义

既然许霆案的量刑症结不是缺乏盗窃罪的量刑基准,建立更具操作性且合理的情节适用规则就至为重要。这里确立规则与详定标准是不同的。笔者注意到,就在许霆案审理期间,广州律师界已有人提议最高人民法院制定和修改出更具操作性且更合理的盗窃罪量刑标准。其实,再细的标准也无法周全涵括个案情况,何况详定标准不仅费事,操作性还很差,硬性推行会让个案公正让位于一套漏洞百出的标准体系,真正可能确立的还是一套量刑规则。从本案分析伸展到整个盗窃犯罪的量刑,笔者以为情节适用的规则要义如下:

第一,合理分类量刑情节。在完成有罪认定后,盗窃罪的量刑情节可分为五个类型,一般情况下量刑步骤由此展开:(1) 刑法规定的且由司法解释、量刑规则细化的数额或其他特定情节,它们用于对应在不同法定刑幅度内已被细分的刑罚层次,因而也可以称为对应盗窃罪量刑基准的犯罪情节。(2) 必要时须与独立评价的反映行为人罪过程度和行为危害程度的情节。诸如盗窃手段、动机目的、对象、除数额外的危害结

---

① 参见高铭暄主编:《刑法学》,北京大学出版社 2003 年版,第 268 页。

② 参见汤建国:《量刑实证研究》,人民法院出版社 2005 年版,第 44 页。

果、惯犯及前科等情节。[①]（3）刑法规定的有关犯罪人责任能力、共犯等影响刑罚轻重的情节。（4）发生在犯罪前后的反映行为人主观恶性程度的情节。后者包括行为人恢复原状、积极赔偿被害人损失、退赃、胁迫利诱被害人、嫁祸于人、自首、立功、坦白、行为人在较长时间以前犯罪且其后遵纪守法，等等。（5）影响刑罚轻重的其他事实因素。比如犯罪人与被害人关系特殊、累犯、受刑人的经济状况，受过外国刑罚制裁等等。其他常见罪的情节分类与之相似。虽然不同犯罪特性决定了第一类情节略有不同，但它都应是或反映犯罪的客观危害程度或反映该类犯罪手段特点的情节，而且多半以反映客观事实为主。

第二，关键情节。这类情节反映的是个案的特殊性，而且它们属于“并非法律或者说刑法没有规定，而是刑法没有具体规定”的事实情况。[②] 确切地说，这类情节属于法律未做类型化规定却明显存在于罪刑关系式之中的，影响刑罚有无或者轻重的事实情况。犯罪动机目的、行为手段、时间、地点、对象及结果等直接反映了行为人的罪过程度和该行为的社会危害程度，其中大多以反映罪过程度为主，以致前两类情节的结合形成对犯罪主客观因素的一体评价。正是这样，只要个案中这些因素与过去同类犯罪的一般情节相比有所不同，它们就必须被提取适用，而非可用可不用。也就是说，它们被用在确定量刑基准还是用于调整刑罚确属酌定，但情节必须被适用是明确的。值得注意的是，这类情节对于那些犯罪未遂、聋哑人犯罪等法定可以减轻处罚情节能否影响刑罚（比如法官通常以行为危害程度极其严重或手段恶劣或主观恶性极大为由不予从宽），以及法定应当情节在多大程度上发挥作用，通常也具有决定性作用。至于对案外情节的作用取舍而言，这类情节的关键影响就更明显。

第三，量刑活动中，犯罪实施过程后的情节亦须根据其与行为关联程度划分层次。要言之：须根据其与犯罪事实的距离，由近到远逐一适用；根据认识规律从外到内，客观到主观逐次适用；行为已受国外刑罚处罚或已遭“天谴”等事实因素得最后适用。犯罪后情节和其他情节大致分为：（1）退赃、赔偿损失、积极救助被害人以及其他主动恢复原状或挽回、减轻犯罪损害的行为；主动与被害人和解。（2）自首、立功、犯罪后毁灭罪证、栽赃陷害他人或者阻碍举报等行为。（3）行为人经济状况、行为人一贯品行、行为人在较久以前实施犯罪且其后一直安分守己等。（4）行为人与被害人的关系、行为人是否已经受过刑事处罚、行为人及其亲属因其行为已遭受严重的身体伤害或其他严重后果。其中第一层次的情节作用尤其不应被忽略，理由是它们或者反映现阶段犯罪危害程度的持续状况，比如恢复原状、威胁证人等；或者间接说明行为时的罪过程度

---

① 对于惯犯、前科及累犯都是犯罪情节之一的观点，笔者已有另文详述。须进一步说明的是惯犯、前科在第二类情节中地位较为特殊。一方面它们确能反映行为人犯罪意志的强度，一方面作为一种对行为人违法历史做纵向比较的结论，它们能否用于评判其他情节的作用，还须放入具体案件中谨慎论证。

② 参见陈兴良：《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》，中国方正出版社1996年版，第159页。

及直接说明现阶段主观态度,比如积极赔偿被害人;或者兼而有之。它们与犯罪行为的关联在绝大多数情况下比自首、立功等情节与犯罪的关联程度更大。

而且在法益侵害程度轻微且属侵财犯罪的案件处理中,行为人退赃对量刑甚至定罪的影响都是显而易见的,1999 年最高人民法院发布的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》要求,行为人已达盗窃数额较大,但全部退赃退赔的,可不作为犯罪处理。至于行为人赔偿损失在多数情况下所起到的弥补和修复犯罪损害作用,比退赃更明显。这一行为不仅表明他自愿承担了损害责任,还表明此时已不需用刑罚"证明规范的有效性"和预防其再犯罪。① 因而据此降低处罚力度包括降低法定刑等级,应属当然结论。

除行为触犯其他罪名,诉讼中行为人的拒绝配合和不认罪不是增重刑罚的理由。行为人毁灭罪证一般也是如此。但行为人要挟被害人、证人、栽赃陷害他人或者阻碍举报等行为,理论上已符合刑法相关犯罪(妨害作证罪、打击报复证人罪)的行为性质,它们只是基于我国刑法对犯罪定量标准和刑事司法机制的惯常做法,被作为某一犯罪的犯后情节增量刑罚罢了。因而,这些情节须予评价。

第四,诸多情节类型中,普通累犯情节的适用略显特殊。我国刑法规定的累犯成立条件之一,是后罪应当判处有期徒刑以上,因而只有在完成对后罪刑罚的整体评判并确定其应当判处有期徒刑之后,累犯情节才得以成立和适用。

具体到该案改判的结论上,法庭判决许霆 5 年有期徒刑仍须说明理由,以此表明法官是靠规则说话而不是倒向舆论强势。对此,笔者更愿意这样解读法院的这一判决,既然该案行为人所受诱惑程度与侵占罪相似,不妨按情节严重的侵占罪的刑罚等级(2 年至 5 年)找到盗窃罪相应的刑罚等级,在 3 年至 10 年之内决定刑罚的幅度。②

四、由该案辩护看确立量刑程序的必要性

进入该案审理过程,我们很快能在律师辩护策略上发现量刑程序的缺失。而如果我们同时清楚:量刑制度的合理构建不只是法院的事情,正像上述研究结论须经学界质证或实务检验一样,设置量刑程序极有必要。

本案律师就许霆的行为定性作侵占罪辩护的策略是很聪明的。因为如果按盗窃罪定性,数额量刑必是各地法院的活动惯例,加之行为人盗窃金融机构的指控被法院认可,许霆承受的刑罚肯定不轻;即使法院采纳自己的量刑意见在法定刑以下适用刑

---

① 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 1064—1065 页。

② 在量刑中运用类推思维并不违背罪刑法定原则,也与违背禁止类推原则不搭界,相反它有助于找到罪与罪之间的等重线,并有助于判断具体犯罪中行为人的罪量,进一步划小法定刑等级中不同幅度的范围,实现罪责相适应。

罚,他也无法预测法官具体会到哪个法定刑等级量刑。问题还在于如果一审环节不能有效应对这一问题,律师以量刑不当为由提出的上诉很难得到二审判决的支持,因为在现有量刑标准之下,二审法院同样在量刑根据上道不出一二。这就迫使他在行为定性的辩护方面下足工夫。只是这样做会带来另一风险,法院不采纳其对定性的辩护意见,律师就很难针对处罚结果展开辩护活动。①

既然事不辩不明,道理不说不清,对策就是在诉讼程序中增设量刑程序。从程序效率看,控辩双方与其在法院判决后才就量刑部分提出抗诉或上诉明显不及在一审活动中主动提出量刑建议或作量刑辩护。而公诉人要将自己对量刑看法提交法庭考虑,就必须在开庭之前系统整理犯罪事实和各种行为人因素,比较个案量刑的规律与特点,并调查包括犯罪人财产状况或经济能力在内的基本情况,以相对确定刑种或刑度的适用。此外,他还须通过法庭调查和辩论阶段根据自己对犯罪事实及行为人因素的重新评判,及时调整原有意见,在其最终陈述时(这须有相应的程序支持)提出经补充更改后的量刑建议及其理由。这一方面是让被告及其辩护人在最终陈述阶段还有机会对这一量刑建议及理由做逐一质证或辩解;另一方面也是从正面影响法官的量刑思维,并为自己进一步行使抗诉权打下坚实的基础。也就是在这一过程中,律师的辩护有了针对性,至于后者提出量刑意见效果也是一样。从人的认识规律上看,控辩双方就关涉量刑结论的某些重要事实的质证和某刑法条文含义所展开的辩论,明显有助于一审法官逐步清晰量刑思路和具体步骤,进而作出刑罚裁量和说明理由。从刑事效益目标上看,量刑诉辩程序的运行,给予了控辩双方对抗和交锋的同等机会,充分对话和沟通还增加了实现刑事和解的概率,更重要的是它能够打破目前这一领域的封闭状况,使整个生产刑罚的过程变得透明,至少一审法官作出处罚宣判,二审法官驳回上诉抗诉都得附有充分理由,否则他很难向立法机关、控辩双方、公众作出交代。

也就是在这一过程中,常见犯罪的情节适用规则会变得清晰且具操作性。长远点看,在量刑标准体系初始成形后,控辩双方的交锋还能够有效抑制法官无端突破司法惯例,并在相当程度上抑制法院系统内部的行政惯性干预,最终为人们预测犯罪的法律后果提供一系列客观标准,法律公信度由此得以保证。

五、需补充说明的两点意见

综上所述,本文所指量刑规则实由确立量刑基准、完善情节适用规则和设置量刑程序三个部分组成。本文讨论此案想说明的重点是,从确立常见犯罪情节适用规则入手,个案结论才可能与刑罚目的富有成效的关联起来。

---

① 对于公诉人来说,这样的困扰同样存在。我国刑事诉讼活动中,量刑被认为是专属于法官的职权范围,公诉人的目光通常集中于指控犯罪即定罪请求上,涉及刑罚适用部分的建议一般用“依法从重处罚”或者“依法从宽处罚”等高度概括性要求带过。

至于具体谈及许霆案量刑程序和量刑根据，笔者还想补充说明两点：第一，主审法院适用《刑法》第63条第2款启动特殊量刑程序的做法有待斟酌，因为受诱惑犯罪是反映行为人罪过程度的情节，作为犯罪事实的一部分，它理应暗含于刑法分则规定之中，也就是说，那些直接反映行为人主观罪过内容及程度的事实因素实际上是隐性存在的“法定”情节，这些情节已具《刑法》第63条第1款规定的性质，法官实无必要启动特殊程序，报经最高人民法院的核准。况且从逻辑上看，法官既然有权适用《刑法》第13条但书，将符合犯罪构成但情节显著轻微的行为排除于犯罪之外，他理应有权适用犯罪中的情节在法定刑以下判处刑罚。第二，聪明的机制总是在错误中学习，如果能够就此将该案制作成典型案例，用以指导日后相似情形下的量刑活动，对于完善量刑规则来说，这将会是事半功倍的选择。

许霆案:法律应为人性弱点流下“温情眼泪”

高一飞*

面对被害人一方因技术原因出现的过错,由于人性的弱点,不少人面对此情况,可能都难抵诱惑。许霆“贪便宜”的做法,与有预谋的盗窃行为相比,人身危险性也要低,此时,刑法要为这种人性的弱点流下“温情的眼泪”,减轻处罚。

银行柜员机出故障,打工仔许霆分171次取款17.5万元,被法院原一审以盗窃金融机构罪判处无期徒刑,此事引发极大争议。

有评论认为,此案不构成盗窃罪,认为他的取钱行为有银行记录和监控录像,对银行不是秘密,不符合盗窃的行为要件。

笔者认为,许霆的行为构成盗窃是没有问题的。盗窃的本质是秘密窃取他人财物。有记录和监控录像也不能改变许霆行为的“秘密窃取”的本质,因为盗窃罪中的秘密窃取,是指取得财物的当时,财物的占有人不知道,就如在公共汽车上有人行窃后,在出车门时就被失主发现,但不能改变盗窃时是秘密窃取的性质,银行记录和监控录像只是事后让财物占有者知道情况的证据。

另外,即使当时就有人进行同步观看录像,也不能否认秘密窃取的性质,因为是否秘密窃取,应当从行为人主观方面来认定,也就是说许霆取款时他本人认为他人不会知道和看见,就如便衣在抓捕扒手时明明知道扒手在盗窃自己的财物而暂时不制止,也就是说被窃者是知情的,这也不能改变行为人是“秘密窃取”的性质。

既然许霆的行为构成盗窃罪,那么,是否有应当轻判的理由呢?笔者认为,这只能从“期待可能性理论”来解释。期待可能性理论适用于是否有罪,也可以作为从轻或减轻处罚的理由。可作为“期待可能性”脚注的最早且最典型的判例,乃1879年3月23日德意志帝国法院第四刑事部所作的“癖马案”判决。法院宣告被告无罪的基本理由是:马车夫虽然“认识”到该马有以尾绕缰的癖性并可能有惊马伤人的后果,但他已经提出了更换辕马的要求,是雇主不但不许其换马,反以解雇相威胁。这种情况下,以人之常情看,法律很难期待被告人作出对抗雇主命令、拒绝驾驭马车以致丢掉自己的“饭碗”的“适法”举动来。

---

* 西南政法大学教授。

此即后人所谓的“适法期待不能”。此后确立的“期待可能性”理论认为,法律应当符合人性,这一理论被认为是刑法为人性的弱点流下的“温情的眼泪”,以中国人的理解,就是“情有可原”、“法不外乎情理”。由此出现了一种影响刑事责任的新的理由:在通常情况下构成犯罪,而在某种特殊情况下不构成犯罪。或者在有些情况下,也可以是从宽处理的理由。

回到本案,许霆一案中出现的情况是,面对被害人一方因技术原因出现的过错,由于人性的弱点,不少人面对他遇到的情况,可能都难抵诱惑,期待他不这样做的可能性降低。他“贪便宜”的做法,与有预谋的盗窃行为相比,人身危险性也要低,此时,刑法要为这种人性的弱点流下“温情的眼泪”,减轻其处罚。

当然,现在的问题是,我国法律并没有规定期待可能性的情节,因而法官并不能直接适用这一情况减轻被告人的处罚。对此,《刑法》第 63 条规定:“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”因此,本案可以适用犯罪分子“不具有本法规定的减轻处罚情节”的“特殊情况”来处理,可以根据刑罚理论和人之常情,报最高人民法院核准,在法定最低刑——无期徒刑之下选择一个适当的有期徒刑的处罚。可喜的是,许霆案的重审判决、终审裁定和最高人民法院的核准,最终实现了这一点。

期待可能性与责任判断

——由许霆案引发的刑法思考

沈　琪[*]

一、问题背景

2006年4月21日晚，广州打工青年许霆到广州某银行的ATM机上取款，其账面余额仅有170余元，但本想取款100元的他却惊奇地发现，取款机吐出了1000元，而其账面仅扣除1元。狂喜之下，许霆乘机先后取款171次，合计人民币17.5万元。许霆潜逃一年后被警方抓获，并于2007年12月被广州市中级人民法院原一审以盗窃罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

这一案件判决出来后，引起社会广泛关注，新闻媒体、广大网友乃至法学专家纷纷发表评论。尽管其中也有人包括许霆的辩护律师，对许霆的恶意取款行为是否属于"盗窃"、是否属于盗窃"金融机构"提出质疑，但引发绝大多数评论的主要理由还在于认为对许霆判处无期徒刑太重了。据统计，在网易的论坛票选中，有九成以上的网友认为银行有错在先，法院不该重判被告小许。有网友看到相关报道后惊讶地认为："从ATM机中多取17.5万元就判无期，实在'太夸张'。"①有法律专家也指出："无论作为一个法学专家还是一个普通公民，对此案只有一个强烈感受——'法律太严苛了'。"②有媒体评论员还分析了公众对本案感到不公的原因，指出："公众感到不公在于这样的横向比较：据报道，原中行广东省开平支行行长余振东贪污、挪用银行资产高达4.82亿美元，并携款外逃。然而余振东被引渡回国后，不过被判12年；另外，湖北咸宁某银行职员胡某盗取储户28万元存款，也仅以贪污罪判处3年。以上两案影响之恶劣是许霆

---

* 浙江大学光华法学院讲师，法学博士。

① 资料来源：http://tieba.baidu.com/f? kz=301055677，访问时间：2007年12月25日。

② 《男子乘ATM出错提款判无期续：专家称判刑太重》，资料来源：http://www.gznet.com/news/society/sh-wx/200712/t20071224_426687.html，访问时间：2007年12月25日。

案所无法比拟的,判决结果却相差甚远,不能不令人感慨。”①

在笔者看来,根据我国现有的刑法规定和刑法理论,许霆的行为构成盗窃金融机构,并没有多大问题,本文也无意对本案进行定性分析,只想对“量刑过重”问题进行些许探讨。关于盗窃罪,《刑法》第264条规定:“盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。”另根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条的规定,个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为“数额特别巨大”。本案中,许霆盗窃ATM机中的银行资金17.5万元,属于盗窃金融机构数额特别巨大,应当适用“处无期徒刑或者死刑”这个法定刑幅度。况且,许霆还将所盗巨款挥霍一空,并一直潜逃直至被抓获,并无任何法定从轻或减轻量刑情节,法官对他判处无期徒刑实际上已是选择了较轻的法定刑,其判决可以说是符合刑法规定的。

正因为此,有人把本案“量刑过重”问题转而归咎于立法规定和相关司法解释,认为许霆案判决过重的问题不在于法官,而是根源于立法和司法解释规定不合理。在北京,有8位律师向全国人大常委会和最高人民法院提交名为《关于刑法及其法律适用若干问题亟待修改》的公民建议书,建议对相关刑法规定和司法解释进行修改。② 应当说,从具体案件的角度来考察现有立法缺陷并提出相应修改建议,对未来立法的完善无疑是具有积极意义的。但是,在我们从个案的角度思考立法完善问题的同时,不能忽视个案本身处理结果的正当性,不能眼睁睁地看着个案被告人成为不合理法律规定的牺牲品而无动于衷。立法或司法解释的完善需要时日,诉讼时效决定了个案不可能等待立法或司法解释完善后再来判决,我们不能总是希望通过立法完善来实现个案判决的公正,必须善于在现有法律规范体系内寻求个案公正的救济途径,毕竟,实现个案的实质公正才是法治的最高境界。所以,对于许霆案,本文更为关心的问题是,在现有的法律规范体系内,是否有可能对许霆判处更轻的刑罚?现有的立法规定是否提供了相应的救济途径?我们可以注意到《刑法》第63条第2款的规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”根据该规定,如果本案具有“特殊情况”,法官就有可能在经最高人民法院核准后,而事实上法院也这样操作了。但是,对本案而言,许霆的行为是

① 石川:《许霆案背后的公平渴望》,资料来源:http://news.qq.com/a/20071225/003391.htm,访问时间:2007年12月31日。

② 参见黄冲、王亦君:《8名律师就恶意取款者被判无期案上书最高法》,载《中国青年报》2008年1月8日。

否具有这种“特殊情况”？其实质性理由是什么？这是下文所要重点分析的内容。

二、责任判断的规范要素:期待可能性理论的引入

在许霆案中,广大民众认为一审判决过重,除了通过横向比较获得这种感受之外,最主要的原因还在于,“在许霆案中,首先是银行没有能够提供合适的服务,由于银行服务的不完善,银行的疏忽给了许霆可乘之机,导致许霆恶的一面被勾起”①,“由于人性的弱点,不少的人面对他遇到的情况可能都难抵诱惑,期待他不这样做的可能性降低”②,“罚应当其罪,无期徒刑对于一个因意外发现了 ATM 机的漏洞而被引诱犯错的公民来说,实在太重了”。③

在民众充满感性色彩的评价和议论背后,实际上潜藏着德、日刑法理论中的一个重要概念——期待可能性。“所谓期待可能性,是指在行为时的具体情况之下,能够期待行为人避免实施犯罪行为而实施合法行为。”④在德、日刑法理论中,作为当代刑事责任理论核心的规范责任论认为,“为了能够说明行为人存在责任,除了行为人具备责任能力、责任故意或者责任过失之外,进而还需要行为人存在实施适法行为的期待可能性。即,在行为当时的具体状况上,必须能够期待行为人不实施符合构成要件的违法行为而实施其他的合法行为。”⑤如果根据行为当时的客观情势,不能期待行为人不实施违法行为,就不能对行为人进行责任非难。“如果虽然存在适法行为的期待可能性,但是,其程度低时,就减轻责任”,即“期待可能性不只是在责任的存否一面而且在决定责任的轻重程度上也发挥着重要作用”。⑥ 可见,规范责任论认为,期待可能性是责任本质上具有的规范要素,并视之为责任所不可或缺的归责要素,缺乏期待可能性则可以构成阻却责任或者减免责任的事由。⑦

规范责任论把期待可能性作为刑事责任判断的规范要素,在伦理上体现了对人性的关怀。“人性,又称为人的本性,是人之为人的基本品性。”⑧“趋利避害”可谓是人的基本品性。当客观情状给予行为人的压力过于强大时,行为人在此等压力下屈服,为了保护自身利益而实施违法行为,乃是人类本性之所归,法律自然不应强人之所难。刑法排除正当防卫、紧急避险行为人的刑事责任、对迫于生活困境而实施盗窃、重婚的

---

① 《男子乘 ATM 出错提款判无期续:专家称判刑太重》,资料来源:http://www.gznet.com/news/society/shwx/200712/t20071224_426687.html,访问时间:2007 年 12 月 25 日。

② 高一飞:《法律应当为人性弱点流下“温情的眼泪”》,资料来源:http://www.tecn.cn/data/detail.php? id=17128,访问时间:2007 年 12 月 29 日。

③ 王琳:《我们都可能是下一个许霆》,载《南方都市报》2007 年 12 月 18 日。

④ 〔日〕大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 266 页。

⑤ 〔日〕大冢仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 403 页。

⑥ 同上注,第 403、405 页。

⑦ 参见苏俊雄:《刑法总论》(Ⅱ),台北大地印刷厂股份有限公司 2000 年版,第 312 页。

⑧ 陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社 1999 年版,第 1 页。

行为人从轻责难等,都是基于此道理。同理,当客观情状为行为人获取利益提供了巨大诱惑乃至一般人在此等情状下都难以抗拒时,行为人为获利而铤而走险,实施违法行为,亦是人性弱点之使然,法律自然也应当给予充分体谅。刑法应当体现对此类违法行为责难上的谦抑与轻缓。刑法不是推行道德的卫道士,刑法不能漠视人性的弱点,不能逆人类的本性而为之,应当对人性给予充分的关注,从而体现对人性终极关怀的人本主义品格,使刑法更具情理性和宽容性。这正是期待可能性理论的精髓。"期待可能性正是想对在强有力的国家法律规范面前喘息不已的国民的脆弱人性倾注刑法的同情之泪的理论。"①当行为人在客观情状作用下基于人性弱点而实施违法行为时,对之从轻责难,彰显刑法对人性的尊重和关怀,可以在一定程度上缓解刑法规范与社会现状之间的张力,改变刑法的冰冷面孔,实现个案的实质公正,从而有利于刑法规范能够得到社会大众的心理认同,培养公众对刑法的亲和力和忠诚情感。

在许霆案中,民众普遍认为一审判决过重,主要原因就在于法官没有对许霆基于人性弱点而实施的盗窃行为给予充分体谅和宽宥。在广大民众看来,面对许霆当时的情况,在由银行失误所提供的这种巨大诱惑面前,一般人都难以抗拒,"我们都可能是下一个许霆"②,而许霆只不过是恰巧有机会遇上了这种"诱惑"而已。和普通盗窃金融机构行为相比,许霆应当受到轻得多的处罚,这样才能体现罪刑相当和刑罚公正。但是,法官在确定许霆刑事责任时并没有对许霆是被"引诱"犯罪的特殊情况给予充分考虑,在判决书中也没有进行必要说明,尽管他已是选择了较轻的法定刑,但在民众看来,无期徒刑无疑还是过重,其判决结论和民众期待发生背离,也就在所难免。从规范责任论的角度来看,正是法官疏忽了期待可能性在责任判断中的要素地位而致使其判决难以服众。

在我国传统刑事责任理论中,并没有"期待可能性"这一称谓,但是,在对刑事责任程度的判断上,实际也蕴涵着对期待可能性的考量要求。如通说认为:"刑事责任的程度不仅取决于犯罪构成……除了犯罪构成之外,案件中还存在着其他的一些因素,可能影响刑事责任的程度。比如犯罪的动机,犯罪的手段,犯罪的时间、地点和环境,犯罪的对象,危害结果的大小,犯罪人的职务身份,犯罪人的精神障碍程度,以及犯罪人的一贯表现,犯罪后的态度等,都可能影响刑事责任的程度。"③在这些决定刑事责任程度的因素中,有些因素如犯罪的动机、时间、地点、环境以及被害人过错等,在特定情况下就是判断期待可能性程度的重要指标。期待可能性本身是一个综合性的抽象概念,对其程度的判断必须倚仗于对案件相关因素的评价与衡量。当上述因素在特定情况下对行为人不实施犯罪行为的可能性产生影响时,它们就会被用作判断期待可能性程

① 大塚仁语。转引自冯军:《刑事责任论》,法律出版社 1996 年版,第 245 页。
② 王琳:《我们都可能是下一个许霆》,载《南方都市报》2007 年 12 月 18 日。
③ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社 2007 年版,第 255 页。

度的基本资料。近年来,我国也有学者对期待可能性在刑事责任中的地位给予了明确肯定。如张明楷教授指出,期待可能性是责任要素,期待可能性不仅存在着有无的问题(是否阻却责任),而且还存在程度问题(是否减轻责任)。[①] 陈兴良教授也认为,在罪体与罪责的二元犯罪论体系中,故意责任的违法性意志就是一个期待可能性的判断问题。[②] 承认期待可能性为责任判断的规范要素,能够使刑事责任的判断融入对人性的关怀,使因为人性弱点而不实施违法行为可能性降低的行为人承担较轻的刑事责任。刑事责任的大小决定了刑罚的轻重,当行为人由于期待可能性降低或缺失而应当承担较小或不承担刑事责任时,自然也就应当受到较轻刑罚处罚或免除处罚。

在许霆案中,被告人具有盗窃故意和盗窃行为是没有疑问的,但和其他盗窃罪不同的是,被害人银行有不可推卸的重大失误。正是由于银行技术上的失误和管理上的疏漏,给被告人顺利实施盗窃行为提供了有利条件,并在一定程度上"诱使"被告人反复实施盗窃(被告人能够顺利取款171次即为证明)。面对这样的诱惑,被告人人性中贪财的一面被勾起实属难免。尽管"我们都可能是下一个许霆"的说法未免言过其实,社会上不乏在面对同样情景时会"坐怀不乱"的道德君子,但恐怕会有更多人不能保证"不犯秋毫"、抵住诱惑,广大民众对本案的强烈反映本身就说明了这一点。另据英国《每日电讯报》报道,2004年4月21日,英格兰东北部诺森伯兰郡伍勒村一部ATM机发生故障,取10英镑吐出的却是20英镑,当日数百人排队"占银行便宜",直到ATM机里面的钱被取光,现场的气氛非常热闹,所有人都沉浸在狂欢宴会似的气氛之中。可见,面对相似情况,无论是在哪个国度,大多数人都难以抵挡诱惑,大多数人都有可能犯错。而对于恰巧有这种犯错机会的个体而言,期待其不犯错的可能性无疑大大降低。在判断刑事责任时,基于对行为人人性弱点的体谅,应当承认这种导致期待可能性降低的客观情势为影响刑事责任程度的重要因素。面对由于银行失误而创造的便利条件,许霆不实施盗窃行为的期待可能性明显降低,期待可能性的降低也就意味着他应当受到较低的责任非难,应当受到较轻的刑罚处罚。当对他判处法定最低刑还显过重而又没有法定减轻处罚情节时,可以根据《刑法》第63条第2款减轻处罚,期待可能性的降低,就是本案所具有的"特殊情况"。在这里,期待可能性的降低成为对许霆超法规地减轻处罚的实质理由和法理根据。

三、超法规责任减轻事由:期待可能性理论与我国刑法的契合

期待可能性理论来源于德、日刑法,在我国刑法中把它作为超法规的责任减轻事由时,需考虑它是否和我国刑法相契合的问题。

---

① 参见张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第727页。

② 参见陈兴良:《期待可能性问题研究》,载《法律科学》2006年第3期。

首先要注意的事实是，德国近年来出现了否定期待可能性理论为超法规责任阻却或减轻事由的趋势。德国作为规范责任论和期待可能性理论的发源地，刑法学界虽然仍不否认期待可能性可作为判断各种法律所明定或承诺之阻却责任事由的法律根据，但已不再认为“无期待可能性”本身是一项独立的超法规阻却责任事由。① 德国学界这种理论上的变更是受到德国法院判例的深刻影响的，德国帝国法院的判例认为，根据现行法，行为人在故意犯罪情况下，法律规定之外的免责事由，不得予以承认。如果再将期待可能性视为一项独立的超法规阻却责任事由，因其本身缺乏一致性的判断标准，则势必会削弱刑法的一般预防功能，且导致宽纵不一的结果。此外，在刑法体系上，所有阻却责任及免责事由的规定本身，即是一种责任推定的例外规定。对于此等例外规定，自不宜再设置例外规定。②

笔者认为，对此我们应当结合当今德国的社会环境和法治语境进行分析。当今德国社会、政治、经济稳定，人民生活太平，拥有世界上最博大精深的刑法学体系与最缜密完备的刑法典，无论是立法者、司法者还是刑法学者，都有相当的信心将各种潜在的阻却违法事由或者阻却责任事由尽可能毫无遗漏地纳入刑法典予以明文规定，即使出现个别遗漏而造成个别情况下的对行为人的特别牺牲，相对于维护法秩序稳定与统一的整体法益，也可能显得微不足道，并且可以在发现遗漏后即时通过立法予以确认。③在这种情况下，考虑到期待可能性理论由于其自身内容模糊所可能带来的对刑法稳定性的副作用，“对承认超越实定法的超法规的责任阻却表示消极，反而可以说这是理所当然的”。④

相比较而言，我国正处于经济发展快速、生活变化剧烈的社会转型时期，新旧社会规范还没有完成顺利交替，民众心理对社会变化还不能从容适应，社会“失范”行为和现象还无法得到合理解决，法律规范与社会现实之间不可避免地会出现摩擦与不协调。更为紧要的是，我国法治建设刚刚起步，刑事立法和刑法学说研究总体上还尚未摆脱“幼稚”状态，不仅刑法典关于免责事由的规定还很不完备（仅限于正当防卫与紧急避险），而且也不能排除罪刑关系的规范设计存在“罪刑擅定”而缺乏实质可罚性的情形。“在如此低层次的法治语境条件下，倘若贬斥期待可能性的理论价值，将缺乏期

---

① Jescheck, Lehrhuch des Strafrechts, Aug, Teil, 4, Aufl, 1988, §47, Ⅱ. 2。转引自苏俊雄：《期待可能性再刑法责任理论体系上之定位》，载《现代刑事法与刑事责任》（蔡教授敦铭先生六秩晋五寿诞祝寿论文集），国际刑法学会台湾分会、财团法人刑事法杂志社基金会 1997 年发行，第 451 页。

② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 603 页。

③ 同上注。

④ 〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社 1986 年版，第 129 页。

待可能性局限为法定的免责事由之解释原理,必然导致刑法适用的实质非正义恶果。"[①]因此,如果不顾社会现状和法治语境的差异,盲目追随社会和法治高度发达的当代德国而将期待可能性限定为法定的责任阻却或减轻事由的解释依据,很有可能会削弱我国刑法适用的实体正当性和实质正义,从而破坏法治。因此,笔者主张,在我国刑法中,期待可能性不仅应当是法定责任阻却或减轻事由的判断根据,而且也应当作为超法规的事由独立发挥其阻却或减轻刑事责任的功能。

当然,在我国现有的刑事立法和刑法理论框架下,要把期待可能性作为超法规的责任阻却事由,允许法官对符合构成要件的行为进行超规范的实质审查,在被告人缺乏不实施违法行为的期待可能性时排除该违法行为的犯罪性,还存在难以回避的法律障碍和理论困境。在刑事立法上,我国的罪刑法定原则包括了积极的侧面,体现了"有罪必罚"的理念,原则上不允许司法者以期待可能性缺乏为由把符合构成要件的行为出罪;在刑法理论上,我国的犯罪构成是耦合式、封闭性体系,没有为司法者提供期待可能实质审查的出罪机制。因此,要真正使期待可能性合理地成为超法规的责任阻却事由,还有待于刑事立法对罪刑法定原则的修正和刑法理论对犯罪构成体系的完善。[②]但是,把期待可能性的降低作为超法规的责任减轻事由,允许法官在确定被告人刑事责任轻重时考量其不实施违法行为的可能性大小,在可能性降低时确认其刑事责任也趋轻,从而对其从轻处罚,并不存在立法或理论上的障碍,符合我国刑事立法和刑法理论。[③]

首先,如上所述,《刑法》第63条第2款为把期待可能性降低作为超法规责任减轻事由提供了实定法依据。根据该款的规定,当法官认为被告人具有特殊情形而需要减轻处罚,但被告人又没有法定减轻处罚情节时,可以经最高人民法院核准而减轻处罚。立法对其中的"特殊情形"并没有作出限定,自然就可以包含期待可能性降低的情形。当客观情形使得行为人不实施违法行为的可能性降得非常低,行为人不应受到过高的责任非难,即使在法定刑幅度内选择最低刑罚处罚还过于严苛时,就可以援引该条款在法定刑以下判处刑罚,以避免刑罚的过度残酷,实现罪刑均衡。所以说,我国刑法实际上赋予了法官以期待可能性降低为由对被告人超法规减轻处罚的权力,法官应当敢于合理运用这一权力来保障个案裁判的公正性。不过,立法规定法官行使这一权力必须经最高人民法院核准,设置如此严格的程序条件,体现了立法对法官裁量的不信任,

---

① 邱传忠:《期待可能性:宽恕根源的刑法解读》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第16卷),中国政法大学出版社2005年版,第456页。

② 具体分析参见梁根林:《事实上的非犯罪化与期待可能性——对安乐死出罪处理的路径及其法理解读》,载《中外法学》2003年第2期。

③ 目前国内刑法学界对期待可能性理论的介绍和研究主要重视其作为责任阻却事由的侧面,而忽视其作为责任减轻事由的侧面;重视其在定罪中的出罪功能,而忽视其在量刑中的减刑功能。

无形中会给法官行使这一权力形成观念和制度上的障碍，故有不妥之处。

其次，把期待可能性降低作为超法规责任减轻事由符合我国刑法基本原则和量刑原则。《刑法》第5条规定："刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。"对此，通说的理解是，"刑罚的轻重不是单纯地与犯罪分子所犯罪行相适应，也与犯罪分子承担的刑事责任相适应，也即在犯罪与刑罚之间通过刑事责任这个中介来调节。"[①]而"刑事责任的程度不仅取决于犯罪构成……除了犯罪构成之外，案件中还存在着其他的一些因素，可能影响刑事责任的程度。比如犯罪的动机，犯罪的手段，犯罪的时间、地点和环境，犯罪的对象，危害结果的大小，犯罪人的职务身份，犯罪人的精神障碍程度，以及犯罪人的一贯表现，犯罪后的态度等，都可能影响刑事责任的程度。"[②]另外，《刑法》第61条规定："对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。"我国刑法理论通说认为其中的量刑情节可以分为法定情节和酌定情节，酌定情节也大致包含了上述除犯罪行为之外的影响刑事责任程度的因素。如上所述，在这些因素中，犯罪的动机、时间、地点、环境以及被害人过错等因素，在特定案件中，可能会对行为人不实施违法行为的可能性产生影响，它们是判断期待可能性程度的重要材料。虽然刑事立法和刑法理论没有使用"期待可能性"这一称谓，但要求在确定刑事责任大小和刑罚轻重时对这些因素进行考量，实际上就包含了对期待可能性的判断要求。当这些因素在特定情况中对被告人不实施违法行为的可能性产生影响时，它们就应当被用以衡量期待可能性的程度从而影响刑事责任的大小。

最后，我国的刑事立法状况也决定了有必要允许法官在一定条件下把期待可能性作为超法规责任减轻事由。如前已述，我国刑法对免责事由的规定还很不完备，仅限于正当防卫和紧急避险，对其他的免责事由没有规定。更为重要的是，在有些罪刑关系的规范设计上不尽合理。还以第264条关于盗窃金融机构的规定为例，根据该条规定，盗窃金融机构如果是数额较大或数额巨大，和普通盗窃罪一样，分别适用"三年以下有期徒刑、拘役或者管制"和"三年以上十年以下有期徒刑"两个量刑幅度，但当数额特别巨大时，直接就跳到"无期徒刑或者死刑"这个档次，出现了"十年以上有期徒刑"这个空挡。而且，立法仅以盗窃数额特别巨大为标准来配置确定性极强的法定刑（无期徒刑或者死刑），一方面排除了法官对其他犯罪情节的考量，另一方面也剥夺了法官在一定法定刑幅度内选择刑罚的权力。这样，如果不承认期待可能性的降低可以作为超法规责任减轻事由，在出现和许霆案相似的案件时，就只能硬着头皮判处过重刑罚而找不到合理理由对行为人减轻处罚以达到罪刑均衡。实际上，立法者之所以在总则

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第30页。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社2007年版，第255页。

中规定第63条第2款,就是考虑到现实案件的复杂多样性和罪刑规范设计可能存在的局限性,而赋予法官在发生特殊情况时弥补罪刑规范不足、软化过于僵硬的法定刑配置,从而实现个案公正的权力,而期待可能性就是法官动用此权力的一种合理根据。

综上所述,期待可能性理论虽然来源于德、日刑法,但在我国刑法中,实际上也蕴涵着期待可能性判断的立法要求和理论期待,把期待可能性作为刑事责任判断的规范要素,使期待可能性的降低成为超法规责任减轻事由,符合我国刑事立法的精神和刑法理论的旨趣。在责任判断和刑罚裁量中,重视对期待可能性程度的考量,能够使个案的裁判结果更加具有人情味,更加公正合理,也更能得到民众接受。当然,期待可能性自身的内容具有模糊性和抽象性,对其运用的合理与正当,离不开法官心中的正义情怀和过硬的法学素养,离不开法官对人性的尊重和对民意的体谅,也同样离不开国家和民众对法官权力的信任与支持。

【多维视角】

刑事裁判不确定性现象解读
——以许霆案为分析视角

赵秉志* 张心向**

一、问题的提出

毫无疑问,“从无期徒刑到5年有期徒刑”犹如从地狱到天堂,许霆案①一审与发回重审的裁判结果竟存在如此大的落差的这一裁判过程,已成为当今人们最为关注的司法现象之一。该案随着二审判决维持原判的宣布和最高人民法院核准裁定的作出,目前已尘埃落定。在案件审理过程中,对于案件最终如何裁判,大家热烈关注并予以种种猜测。在大家曾为法官提供的若干个备选的裁判结论中,法官当然只能选择其中的一个;或许法官另外还有若干个备选的裁判结论,但他们也只能选择其中的一个。也就是说,不管备选的裁判结论有多少,法院最终的裁判结论只能是一个。从这个角度讲,法院最终如何裁决该案并不是最重要的,重要的是我们如何解读这种司法裁判现象,也就是我们应如何认识刑事司法裁判结论在形成过程中所具有的这种不可避免的模糊性和不确定性。

从人类实践发展的历史来看,确定性是人类追求的目标,因为它是消除人类认识心理焦虑的坚固磐石。只有在确定性的基石上,我们才会对我们的行为及其实现目标得到完全的确认。但当人类社会进入到20世纪之后,尤其是当科学的触角扩展到接近光速的宇观世界,深入到原子、原子核内部的微观世界以及宏观世界中牛顿力学所

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席。

** 南开大学法学院副教授、法学博士。

① 2006年4月21日,许霆使用自己的真实的工资卡、公开在广州一台ATM自动取款机取钱,取款机出现故障,取1000元卡里才扣1元,许霆于是分171次提取了17.5万元,潜逃一年被抓获。[参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第2号]载http://www.hanjilawyer.com.cn/list.asp? Unid=4128,访问时间:2008年4月13日。

不能解释的非可积系统的领域之时,首先是爱因斯坦的"狭义相对论"挑战了关于事物确实可知的定论。1927年海森堡的不确定性原理又使客观性概念和因果概念受到冲击。接着是玻尔的互补性原则进一步动摇了传统的决定论世界观。1931年数学家哥德尔提出的"不完全性定理原则"则推进了这一认识。这使我们看到的大量现象不是简单的而是复杂的,事物的运动轨迹主要不是表现为确定性而是不确定性,系统演化的规律主要是非线性规律,而将线性规律仅只作为极少量的特例,深入探讨和揭示客观世界的复杂性、非线性和不确定性的内在本质就成为科学技术的前沿领域。"我们对自然的看法正经历着一个根本性的转变,即转向多样性、暂时性和复杂性。""我们正越来越多地觉察到这样的事实,即在所有的层次上,从基本粒子到宇宙学,随机性和不可逆性起着越来越大的作用。""我们发现我们自己处在一个可逆性和决定性只适用于有限的简单情况,而不可逆性和随机性却占据统治地位的世界之中。"①一言以蔽之,我们对宇宙世界的看法正在从传统的决定论、确定性观念转向非决定论和不确定性的观念。而当我们将研究的视线从自然界转入到人类社会领域之后,我们所面对的是更加动荡不羁、生动不息的人文社会景象,过去那种在自然科学研究中的确定性信念和追求正在遭受着严重的侵蚀,社会领域更是呈现出色彩斑斓的复杂而充满着不确定性。这种不确定性的根源,一方面来自于人类的参与,各种具有不同动机、不同目的和不同条件的个体相互作用而形成复杂的社会关系;另一方面又由于每一个人是具有"有限理性"的个体,他或她无法以自身有限的能力获取外部复杂系统的完全信息,复杂系统的变化对于有限理性的个体来说就具有不确定性。因此,不确定性广泛地存在于我们的日常生活和科学理论的结构之中。美国科学家亨利·N.波拉克在其近著《不确定的科学与不确定的世界》中的观点具有相当的代表性。波拉克的观点可以归结为以下四个方面②:

(1)不确定性总是伴随着我们,它绝不可能从我们的生活(无论个人还是社会整体)中完全消除。由于不确定性的存在,我们对过去的理解和对未来的预测总是模模糊糊。

(2)因为不确定性永远不会消失,对于未来的决定,无论其大小,总是在缺乏确定性的情况下作出的。在做决定之前一直等到不确定性完全消除是对现状的含蓄支持,常常是维持现状的一个借口。

(3)预测长期的未来是一件危险的事情,很少能作出与现实非常接近的预言。随着未来的逐渐展开,需要做"中期方向修正"以便考虑到新信息和新发展。

---

① 〔比〕普里高津·斯唐热:《从混沌到有序》,曾庆宏、沈小峰译,上海译文出版社1987年版,第26、27、40页。

② 〔美〕亨利·N.波拉克:《不确定的科学与不确定的世界》,李萍萍译,上海世纪出版集团2005年版,第3页。

(4) 不确定性,远非前进的障碍,它实际上是创造性的刺激因素和重要组成部分。

在法律的是否确定性的问题上的研究,亦可谓由来已久。正如罗斯科·庞德所指出的:

> 法律必须稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求……更为具体地讲,有关稳定必要性与变化必要性之间的协调问题,从某个方面来看,变成了一个在规则与自由裁量权之间进行调适的问题,变成了一个在根据确定的规则(或至多根据从严密确定的前提所作出的严格推论)执行法律与根据多少受过训练的有经验的司法人员的直觉进行司法之间调适的问题。无论从哪个角度看,法律科学中几乎所有争论不休的问题都可以被证明是上述两个问题的不同方面。①

理查德·A. 波斯纳则进一步指出:"在两千多年里,法理学领域里一直有两个截然不同,尽管是复杂多样的群体在激战。一派主张,法律不仅仅是政治,认为在精明强干的法官手中,至少某些时候,在稳定条件下,即使对最疑难的法律问题,也会得出正确的法律答案。而另一派则认为,法律彻头彻尾的就是政治,认为法官行使着广泛的裁量权。"②这实际上也是围绕着法律是确定的还是不确定的问题而展开的。

法律确定性的内涵是:人们通过诉讼过程就某一案件事实能够得到相对稳定的裁判结论,并对该法律后果具有可预见性。它的外延包括法律规范文本本身的确定性和裁判过程中事实及规范的确定性。亦即,如果一项裁判结果是在人们根据事实与文本作出判断的合理期待范围内,那么这就表明法律是有确定性的。因此,在法律的确定与不确定性问题上,首先涉及的是法律文本规范的确定与否问题,其次是法律运作过程中形成的裁判结论能否具有稳定性及可预测性问题。

在西方法学界,崇尚法律的确定性是一个悠久的传统。早在古希腊,亚里士多德就提出了法律的确定性,他认为,法律的确定性能够排除法律适用过程中非理性因素的干扰。"法律恰正是完全没有感情的;人类的本性(灵魂)便谁都难免有感情。"③19 世纪,理性主义法律思潮在西方法学界占据着主流地位。19 世纪五六十年代盛行的概念法学强调司法的绝对确定性,绝对地排斥法官的主观判断,过分夸大法律语言的作用,以法律严格、细致的规定包容客观世界的一切可能,法官的判案是法律概念条文计算的过程。概念法学强调法律体系具有"逻辑的自足性",对于法律的解释,则偏重于形式逻辑的操作,排除法官对具体案件的利益衡量和目的考虑。但后来的自由法学、美国现实主义法学、后现代主义法学和美国批判法律研究运动都认为法律是不确定

---

① 〔美〕罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 2 页。

② 〔美〕理查德·A. 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 32 页。

③ 〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1997 年版,第 163 页。

的,司法也是充满变化的不可预测的过程。

自由法学承认客观世界具有一定程度的不可预测性和人的理智预测能力的有限性,强调法官有依具体情况解释法律的权力。如埃利希认为,成文法因为立法者疏忽或情势变更而必然存在漏洞,法官应自由探寻活的法律作为补救。主张扩大法官的自由裁量权,允许法官可以根据正义原则和习惯自由地创制法律规则。① 埃利希对"技术主义的判决方法"进行抨击,说这种传统方法总想消灭法官在判决里的个性,但在司法审判中,个性因素总是有的。因此,重要的问题在于保证法官个性的发展到足以使他能够负责处理这些职能。②

现实主义法学的代表人物霍姆斯有一句著名的法学格言:"法律的生命不是逻辑而是经验。"现实主义法学的另一大师庞德也认为,法律有"书本中的法"与"行动中的法"之分,对于书面法律规则必须分别情况加以适用,以保证每个案件都能正当地、合理地获得解决。现实主义法学的另一位代表人物弗兰克认为,法律的确定性是一个"基本法律神话",它的产生源于儿童的"恋父情结",并从审判过程中的法官个性和司法立法的角度说明了司法的不确定性。③

随着20世纪60年代末以来,批判法学在美国法学界兴起,在法律的是否确定性的问题上,更是十分强调法律运行中的不确定性和不一致性。批判法学从法律规则的非确定性和事实的非确定性两个方面,论证了法律推理的非确定性。在法律规则的非确定性上,认为法律规则的非确定性表现为两个方面:第一,任何一个争端都可能有两个相互矛盾的法律原理及体现它们的规则或判例调整,某一案件适用于这一法律规则还是那一法律规则是非确定的,完全是法官任意选择的产物;第二,同一法律原理、规则或判例,由于法官的解释不同,在不同的社会环境中完全可以为不同的立场进行辩护。因此,法律原理本身的含义是非确定的,它是法官解释的产物。④ 在事实的非确定性上,认为无论是法律原理、规则还是判例,对某一问题的规定通常都是原则的、广泛的,两个案件在各个方面完全相同的情况几乎不存在,总是存在这样或那样的差别。这就给法官解释法律,决定一个案件的法律原理是否适用于另一个案件留下了很大的自由裁量权。前一个案件的规则不可能简单地适用于新的案件中,而法官在解释前一个案件的规则是否适用于新的案件时,遇到的不仅是规则的选择问题,而且是关于事实关联选择,这种选择同规则的选择一样,绝不是客观的、确定的,而是主观的,法官在判决

① 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第131页。

② 参见张宏生、谷春德主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社1990年版,第398页。

③ 参见朱景文:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社1996年版,第26—27页。

④ 同上注,第349页。

过程中既可以倾向于个人主义,又可以倾向于利他主义,因而会导致不确定性的结果。[①] 即法律推理的大前提和小前提都是非确定的,某一案件究竟适用什么法律规则,确定哪些事实,都不是客观决定的,而是法官或陪审员选择和认定的,是人的选择的产物,无客观性可言,判决的结果依司法人员的选择为转移,必然是非确定的。西方的现实主义法学和批判法学把司法的不确定性推向了极致。

当下,我国社会变迁及社会转型所引起的社会巨变,标志着我国正在进入"风险社会",社会发展进程呈现出的跳跃性、风险性和不可预测性。而导致的刑事司法裁判的不稳定性从来没有像今天这样表现得如此明显,这是因为"在这个变动不居的社会里,刑法有理由也应当随之变动而变动。但是,这种变动却不能以采取猛烈的兴废方式进行,而应以一种悄无声息的、渐进的方式进行。"这种刑法渐变的征象,首先显现在了刑事司法裁判的不确定性上。当我们在这样一个时代背景下研究我国司法裁判现象的时候,我们发现,也许是机缘巧合许霆案当仁不让地成就了这一特定的社会历史背景的司法裁判现象的一个极佳的研究标本。

二、关于许霆案的裁判规范

(一)刑法规范的特点

1. 文本规范的特点

刑法语言在表述其特有的构成要件时,既以日常用语为基础,又不同于日常用语。这就使刑法语言在继承了日常用语的不准确性、多义性以及开放性特征的同时,基于刑事立法的规范性要求,又必须把日常用语切换成刑法规范语言方可使用,因此,当日常语言演变为构成要件的语言时,其内涵与外延就会根据具体的规范目的和整个刑法的意义脉络要求,作出相应的调整和限制。一是构成要件语言比日常生活语言的外延狭窄。例如,日常用语中的"黑社会性质的组织"比《刑法》第 294 条第 1 款中的"黑社会性质的组织"的外延要宽泛很多。前者意指一切犯罪团伙,后者则要求有严密的组织形式和经济实力等。二是构成要件语言比日常生活语言的外延要宽泛。例如"拐卖"一词,在日常用语中仅指拐骗、贩卖。但在刑法中,根据《刑法》第 240 条的规定,"拐卖"的意义除了拐骗、贩卖外,还包括以出卖为目的的绑架、收买、接受、中转的行为。三是构成要件语言和日常生活语言同一,但两者的内涵和外延可能完全不一样。如我国《刑法》第 114 条与第 115 条规定的以危险方法危害公共安全的犯罪的"危险方法",首先是指放火、决水、爆炸、投放危险物质四种法定的危险方法,其次是指虽然法律并未明确规定,但在司法习惯上已经约定俗成的除上述四种法定危险方法之外,在

---

① 参见朱景文:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社 1996 年版,第 351—353 页。

危害性质上与其相当的其他危险方法。可见,刑法中的"危险方法"与日常语言中"危险方法"的内涵完全不同,当然两者的外延也有很大区别。

刑法概念是通过语词表达的,语词是刑法规范的外在表现形式,而人类语词本身又具有先天的局限性,这不仅表现在语词的具体含义取决于其使用的具体语境,它是语境的一种功能①;而且表现在任何语词包括法律语词本身都不是精密的表意工具。美国法学家博登海默指出,由于法律概念是人类语言的产物而非自然客体的产物,然而我们语言的丰富程度和精妙程度还不足以反映自然现象在种类上的无限性、自然要素的组合与变化以及一个事物向另一个事物的逐渐演变过程,而这些演变则具有如我们所理解的那种客观现实的特性。就是说,无论我们的词汇是多么详尽完善、多么具有识别力,现实中始终有一些为严格和明确的语言分类所无能为力的细微差异与不规则情形。② 英国学者哈特进一步指出:语言具有空缺结构(opentexture)的特征,每一个字、词组和命题在其核心范围内具有明确无疑的意思,但随着由核心向边缘的扩展,语言会变得越来越不确定,在一些边缘地带,语言则根本是不确定的。换言之,任何词汇的含义都可粗略分为两部分:一是主要的、稳定的核心含义;二是相对模糊的边缘含义。例如,"车"的典型的、清晰的中心含义是自行推动的、能够载人并在路上开动的交通工具,但是玩具车、自行车甚至用来做广告道具的汽车是否属于车的概念则不是很清楚。③ 基于此,哈特认为:"任何规则无论怎样加以精确描述,总会遇到关于某些情况是否属于其规定范围的问题。"④在法律语言不确定的地方,对法律条文的解释和适用也不存在绝对或唯一正确的答案,解释者或法官拥有自由裁量权,他们需要在多种可能的解释和推理结论中作出选择,甚至可以扮演创建新规范的角色。⑤ 美国法学家波斯纳认为,法律文本存在着"内部含糊"和"外部含糊":前者是指由于法律用语本身的歧义、模糊、评价特性等而产生的模糊;后者是指由于语境因素的变化而使得原本清楚

---

① 参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 128 页。

② 参见〔美〕E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 486 页。

③ 参见〔英〕哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 124—128 页。

④ 〔英〕哈特:《法律推理问题》,载《法学译丛》1991 年第 5 期。

⑤ 哈特认为:"有时,对于一种表达方式来说,明确的标准情况或范例与那些成问题的情况相比,两者间的差别仅仅是程度不同而已。"为此,他举了一个形象而有趣的例子:一个男士,其头亮而光,他显然属于秃头之列;另一位头发蓬乱,则他显然不是秃头;但问题在于第三个人只是在头顶的周边有些稀稀拉拉的头发,如果他是否算秃头被认为是重要的或者有任何实际结果取决于此的话,那么这个问题就可能无限期地争论下去。参见〔英〕哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 124 页。

的法律用语变得模糊。[①] 中国法理学者苏力认为，语言的意义是人赋予的，语义会发生流变，既有“历时性流变”，即同一语词在一个历史时期中被普遍认可的意义在另一个时期会消失或变更，也有“共时性流变”，即同一社会中的不同语言共同体对同一语词有时会有不同的理解，从而难以确定语词的“平义”或普通含义。[②] 当然，在有些情况下，立法者如认为有必要，完全可能通过艰苦的努力、缜密的思考、冗长的定义，在许多对他们可能的理解中选择一种以定义规范的形式确定其为立法者所理解的含义，并使之具有法律的约束力，就是说，使刑法规范具有明确性。但立法者没有这样做，这样做在技术上是困难的[③]，因为“当人们着手使某一术语更加精确时，结果发现，他用来消除所论及的模糊性的那个术语本身又是模糊的，因此，消除一个给定术语的模糊性，这是一个不切实际的目标，我们所希望做到的，至多是渐渐地接近于消除模糊性。”[④]一言以蔽之，语词本身的模糊性决定法律概念的模糊的必然性，进而导致了由一组法律概念按照特定的逻辑结构创制的法律规范的不确定性。

2. 犯罪构成要件的特点

我国刑法规范中的构成要件明显具有以下几个特点：

（1）我国刑法规范中的构成要件，实际上是具体犯罪行为的格式类型化。

我国刑法规范中的犯罪构成要件，在成立犯罪的评价问题上都处于同一层面。也就是说在判断行为成立犯罪时，根据我国的犯罪论体系，并不是先评价行为在形式上是否符合构成要件，然后再评价该构成要件的行为是否具有实质的违法性，最后再从责任的层面考虑行为人主观上是否具有故意、过失以及是否具有期待可能性，而是把行为符合构成要件作为行为成立犯罪的唯一基础和全部条件。可以看出，我国刑法规范中的构成要件实际上是犯罪的类型的一种界定模式，它重在指引人们在对个案案件事实进行构成要件的符合性判断时，不仅要注意客观的行为与结果，而且还应该重视行为的实质违法性以及行为人的主观方面，也就是我们平时所倡导的主客观相统一。同时，我国刑法规范中的构成要件还包含实质违法性的内容，而不仅仅指行为在形式上确立符合构成要件的规定。行为之所以成立犯罪并让行为人因此承担刑事责任，并不仅仅在于行为在形式上满足构成要件的规定，而在于行为具有相当的社会危害性，

---

① 内部含糊的例子：一个法律禁止进口植物果实，不禁止进口蔬菜，有人进口番茄，于是发生了番茄是植物果实还是蔬菜的问题［N ix v. Hedden, 149U. S. 304 (1893)］。外部含糊的例子：美国宪法规定，国会有权建立陆军和海军，而没有提空军，但法律实践中都把这一条款理解为有权建立包括空军和其他必需的武装力量；美国宪法第一修正案中的“新闻界”一词原来仅指报业，后来出现了广播、电台，其外延也随之扩大。这些变化都不是法律用语本身发生了变化，而是人们对这些用语的理解发生了变化（〔美〕波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 344 页以下）。

② 参见苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，载《中国社会科学》1997 年第 4 期。

③ 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 24 页。

④ 〔美〕威廉・阿尔斯顿：《语言哲学》，牟博译，三联书店 1998 年版，第 206 页。

达到了应受刑罚处罚的程度。

(2)构成要件是一个规范意义上的概念事实,而不是具体案件的案件事实。

构成要件是“一种将社会生活中出现的事实加以类型化的观念形象,并且将其抽象为法律上的概念”①,但已经对事实加以类型化了的构成要件与具体事实本身是内涵完全不同的两个层面。尽管规范构成要件是案件事实的类型化,也尽管典型的案件事实可以涵摄于构成要件之下,但类型理论表明,具有相同本质的事物都可以划归为一个类型。过去发生的典型案件并不一定排斥今天发生的不典型的案件,而且即使是过去发生的典型案件,不过是较为明显地体现了规范的目的和构成要件的特征,而未必是规范目的和构成要件的完整体现。因此,行为是否成立犯罪,关键还是应该看今天所发生的案件能否为已经对以前具体事实类型化了的构成要件所涵括。

(3)规范意义上的构成要件所涵摄的具体案件事实特征只有经过合理寻找,才能适用于具体个案。

作为刑法规定的法律概念,作为犯罪事实类型化了的构成要件,形式上未免是抽象的,再加上构成要件本身所蕴涵的规范的因素、语言功能的限制,以及刑法的内在和谐与目的,使构成要件的内涵并不是一眼就可以透视的。具体个案的证明存在的案件事实与具体各罪的构成要件的规范案件事实之间是否符合,既需要用规范要件事实对个案案件事实进行筛选,使“事实”完成从生活事实到程序意义上的证明事实、再到构成要件意义上的法律事实的转变,也需要使法律规范事实进入个案案件事实,去获得色彩和生命。因此,寻找、选择个案适用的刑法规范的过程,实际上就是案件事实对刑法规范的实践建构过程。

(二)裁判规范的建构

上述可见,刑法文本规范的适用过程,首先是从如何发现刑法规范,即如何寻找、选择适合当下案件的裁判规范开始的。如上所述,在以成文的制定法为主要法律渊源的国家,相对于具体个案而言,刑法规范是预设的,刑法各罪规定的构成要件事实是一个规范意义上的概念事实,而不是具体案件的案件事实。因此,罪刑法定原则下的刑法规范的明确性,只是相对于文本规范而言的,而当刑法文本规范遭遇到具体案件事实时却往往是模糊的。这是因为每一个案件事实一般都面临着两个或两个以上的关联规范可能被适用的情形。由于每一个裁判结论的得出,无论是有罪判决还是无罪判决,亦无论是重罪判决还是轻罪判决,无不是以一个或几个法律规范为依据得出,法官必须在现有法律所能提供的文本规范中寻找、选择适合当下案件裁判的规范。法官能否找到、法官如何选择,法官最终会选择哪个或哪些文本规范作为当下案件的裁判规范,不仅对案件的利害关系人、案件的旁观者,有时甚至对处在案件裁判过程中的法官

① 〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第11页。

本人,都会存在或至少在一段时间内会存在一种模糊不清的感觉。在寻找、选择许霆案的裁判规范过程中,由于该案事实的新类型性,使这种案件事实类型与现有的相关文本规范之间尚未形成自然“链接”态势,这种感觉就会愈发强烈。

在许霆案裁判规范的寻找、选择过程中,与许霆案案件事实在定罪及量刑方面联系最紧密的关联法条,至少涉及《刑法》第 13 条、第 14 条、第 63 条、第 170 条、第 196 条、第 264 条、第 266 条,在第 264 条中又涉及是普通盗窃还是盗窃金融机构的问题。并需要在上述关联法条中通过各关联法条所设定的犯罪构成要件事实与许霆案案件事实之间进行交互比对,判断出哪个法条中的犯罪构成要件事实与许霆案案件事实是最相类似的。

在这个问题上,就案件的定性而言,至少有两类代表性的主张,其中还有若干种不同的主张。

两种观点主要是无罪的观点和有罪的观点,即涉及是否选择适用《刑法》第 13 条的问题。

无罪论的观点总共约有以下八种具体主张:

一是不当得利说,即认为许霆的行为属于不当得利,故不构成犯罪。[①] 二是无效交易说,认为许霆的行为只是一个民法意义上的“无效交易”行为,他从 ATM 机中取出的 17.5 万元是“无效交易”的后果,因此许霆的行为不应在刑法调整范围内。[②] 三是银行过错说,即以银行的过错否定许霆行为的有罪性。[③] 四是没有实施合法行为的可能性说,即认为在许霆所处的情境(当 ATM 机吐出 1 000 元而只在账户上扣除 1 元钱)下,没有实施合法行为的可能性,因此他的行为不构成犯罪。[④] 五是许霆行为难以模仿说,即认为许霆遇到的情况是一个概率非常小的事件,其行为缺乏可模仿性,因此应当认定许霆无罪。[⑤] 六是刑法谦抑说,即认为许霆案能用民法解决,就不要再动用刑法来解决,以体现出刑法的谦抑性。[⑥] 七是刑罚目的说,即认为不对许霆治罪也可达到特殊预防和一般预防的刑罚目的,何必治罪呢?[⑦] 八是罪刑法定说,即认为对许霆以盗窃定

---

① 参见《广东省副省长:类似许霆案的新型案件应慎重审判》,载中华网 http://news. china. com/zh_cn/domestic/945/20080124/14634557. html。

② 参见《许霆辩护人坚持为其作无罪辩护》,载新华网 http://news. xinhuanet. com/newscenter/2008-02/23/content_7651211. htm,访问时间:2008 年 2 月 23 日。

③ 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news. xinhuanet. com/legal/2007-12/24/content_7303762. htm。

④ 参见苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

⑤ 参见《许霆涉嫌盗窃案开庭重审　控辩双方立场未变》,载新华网 http://news. xinhuanet. com/newscenter/2008-02/22/content_7650835. htm。

⑥ 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news. xinhuanet. com/legal/2007-12/24/content_7303762. htm。

⑦ 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

罪,实际上是类推定罪。因为许霆的行为与传统的盗窃行为有质的区别。即与盗窃有质的区别,那就不是盗窃。把不是盗窃的行为类推成盗窃行为,然后适用盗窃罪的刑法条文定罪,显然违反了罪刑法定原则。因而主张对许霆不应治罪。① 无罪论观点的核心是许霆和银行之间的纠纷应受民法调整,"许霆的行为是民法上的不当得利,因该不当得利行为所取得财产的返还问题,应通过民事诉讼程序解决。"②不属于刑事犯罪。

有罪论的观点主要涉及是选择适用《刑法》第170条、第196条、第266条,还是第264条的问题。大体上有以下四种具体主张:

一是成立侵占罪。认为自动柜员机出错,把1元的取款信息误读为"1 000元",这是一种计算机信息的"遗忘或遗漏"。这时持卡人利用自己银行卡取款,就是一种恶意占有银行柜员机"遗漏"保管财物的行为过程。由于许霆并没有积极的将17.5万元归还银行,客观上形成了拒不返还,显然应成立侵占罪。③

二是成立信用卡诈骗罪。认为许霆持有的借记卡,由于他取款的ATM机(可称为虚拟银行)因程序上的故障原因,而被授予了透支功能和透支数额。许霆在"虚拟银行"的错误授权下,连续不断地以非法占有为目的,在"虚拟银行"内取款,在银行的催收下仍不予归还透支款,其行为主观方面和客观方面完全符合恶意透支行为,应成立信用卡诈骗罪。④

三是成立诈骗罪。认为ATM机实际上就是柜员制度中的负责存取款的自动柜员(机器人),由于ATM机器人完全代行了银行柜员的职能,利用信用卡从ATM机上非法套取钱款,本质上就是对银行柜员的欺骗,故许霆的行为应成立诈骗罪。⑤

四是成立盗窃罪。许霆案重审判决书认为:"被告人许霆以非法占有为目的,采用秘密手段窃取银行经营资金的行为,已构成盗窃罪。"⑥由于"自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的专有设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金"⑦,故"许霆的行为属于盗窃金融机构"。⑧ 当然,这并不能因此阻止相当一部分网友甚至包

① 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

② 《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第2号。http://www.hanjilawyer.com.cn/list.asp? Unid=4128,访问时间:2008年4月13日。

③ 参见董正伟:《许霆案适用"侵占罪"是"罪刑法定"原则的体现?》,载http://blog.sina.com.cn/s/reader_57a1cb0701007vnh.html 2008-01-24 10:53:06。

④ 参见夏祖珠:《许霆案构成信用卡诈骗罪》,载http://www.chinalawedu.com/huangye/viewArticle.asp? id=2996,2008-1-8 16:35:04。

⑤ 谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载http://www.zwmscp.com/list.asp? Unid=6620,访问时间:2008年1月21日。

⑥ 《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第2号。http://www.hanjilawyer.com.cn/list.asp? Unid=4128,访问时间:2008年4月13日。

⑦ 同上注。

⑧ 同上注。

括部分专家学者，对此继续持保留意见，甚至连广东省高级人民院院长都称许霆案难界定为盗窃金融机构。①

就案件的量刑而言，主要涉及能否适用《刑法》第63条第2款的问题。这主要涉及对特殊减轻的理解，是理解为对判处法定最低刑仍然明显过重的所有案件，就都可以适用特殊减轻，还是特殊减轻规定只适用于涉及政治、外交等事关国家利益的案件。“鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚。”②许霆案重审判决显然选择了前者，即能够适用《刑法》第63条第2款的理解。

可见，在许霆案的裁判过程中，由于该案事实的新类型性，与文本上的刑法规范已经预设的各罪规定的格式化的构成要件概念事实之间，不可能有机地自然“链接”，故仅就裁判规范的寻找、选择，就是一个异常复杂、模糊的过程。能否在许霆案案件事实与刑法文本规范事实之间进行比照、对接，如何比照、对接，进而找到许霆案的裁判依据，这里实际上存在着一个或许被我们忽略的现象，这就是刑法文本规范在司法适用过程中被二次建构的问题，即只有被特定的案件事实建构过的刑法文本规范，才能成为当下案件的裁判规范。建构适合当下案件的裁判规范，是司法官法律技能的重要组成部分，这就需要进行判断的法律职业者的视界在生活事实和法规范之间往返流转。在这一过程中，随着生活事实的逐渐确定和法规范意义的明确，最初感知的事实被不断修正，初步发现的法规范也可能被证明不适用于当下案件的处理而被其他的规范所代替。寻找、选择当下案件的裁判规范的过程，既是一个不断试错的过程，同时也是一个规范和事实之间不断互相建构的过程。正是在这个过程中，实现了文本规范向裁判规范的转化，即通过法官在审理刑事案件过程中，将特定的刑法文本规范逐渐型塑成其基于与某一类型或与某些特定的案件事实相关的如何进行具体适用的经验、技巧、规则等，也就是将刑法文本规范在当下案件事实情境中具体形态化，该刑法规范才能用于该案件的裁决活动。从许霆案重审判决书的说理部分，我们能够清楚地感知到这一过程的存在。法院最终认定许霆的行为成立属于盗窃金融机构的盗窃罪，并适用《刑法》第63条第2款处罚，与其说是法院在众多的相关关联法条中，认为《刑法》第264条和第63条第2款规定的规范事实与许霆案的案件事实最相类似，而选择适用之，倒不如说是《刑法》第264条和第63条第2款在许霆案中获得了新的裁判适用

① 参见夏令等：《广东省高院院长称许霆案难界定为盗窃金融机构》，载 http://news.163.com/08/0118/04/42F9VSUD0001124J.html 2008-01-18 04:03:58，来源：新华社（北京）。

② 《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》，(2008)穗中法刑二重字第2号，载 http://www.hanjilawyer.com.cn/list.asp? Unid=4128，访问时间：2008年4月13日。

类型。

三、关于许霆案的裁判场域

司法裁判活动实际上是被限制在一个特定的场域——司法场域之中的。这个场域充满着竞争法律裁决话语权的争斗,一方面表现为场域内法律职业群体之间围绕着案件事实与法律适用的、并表现为符号资本的案件裁决话语权的争夺;另一方面表现为经济场域、文化场域、学术场域、权力场域等因素利用与司法场域之间的关联关系,进入司法场域,争夺案件的法律适用话语权及裁决权。这种案件话语权的争夺场景在许霆案的裁决过程中,可谓异常的精彩纷呈。

(一)公众舆论进入案件裁决场域,争夺许霆案裁判话语权

就公众舆论对案件裁决过程的影响而言,主要表现为案件裁判过程中,公众舆论导向往往会对法官在案件事实认定及规范适用方面造成举棋不定,而出现案件的反复裁判现象。公众舆论作为群众对国家的政治、政府决策、公共问题和对负责处理这些政策和问题的人所公开表示的意见,是法官必须重视的舆论导向。因为一方面,法院不能置社会舆论于不顾,否则即可能处于社会矛盾的中心,而这与法院的社会角色不相称;另一方面,公众舆论的背后是人类的欲望、希望和要求,它们通过人类本身使人类感到它们的存在,并使它们呈现在司法过程中。法院通过舆论来了解社会大众对某种利益的观感、看法,从而决定其在案件中的利益平衡与取舍,以使判决在大体上与人们的需求合拍。① 一般说来,公众舆论由于是诉诸一般公民的情感和常识,具有浓重的道德色彩。所以,面对某些案件激愤的情绪往往淹没了理性的思考;道德的判断往往代替了法律的分析;惩罚的愿望往往压倒了正当程序的要求。这就容易给法官以先入之见,使法官对案情的认识和对法律的理解发生偏差,影响法官在案件裁决过程中的价值判断的合理性,造成法官屈于舆论压力、民愤左右司法的后果。

迄今为止,还没有哪一起案件的裁决,像许霆案一样如此深深地吸引着公众的持续性关注。许霆案一经媒体曝光,"媒体审判"、"舆论审判"许霆案,就成为一大引人注目的社会现象,网络、媒体几乎是毫无顾忌地传达着各方的意见,针对原一审判决的无期徒刑的结果,反对、质疑的意见居多数。

"正如全国人大代表、广州市律师协会秘书长陈舒在旁听判决后所指出的,许霆案有这样的结果,应该感谢媒体。正是因为媒体对案件的及时报道和约请专家对案件的理性讨论,加上现代网络为民意表达提供了较好的平台,使大众对一审后的畸重判决

---

① 参见胡玉鸿:《公众舆论利益衡量与"社会需求"——诉讼过程的动态分析之一》,载《法商研究》2001年第3期。

所普遍表达出的吃惊，能被包括二审法院、人大代表、政协委员等感受到。”①“公众舆论的持续关注，让许霆案引起从最高法到全国法律工作者的高度重视，直接促成了许霆案的发回重审，也才有了许霆由无期改判为五年的结果。”②

从这一角度看，公众舆论再次展示了自己在促进社会公平、正义方面具有的强大力量，而司法对民意表现出的尊重，无疑也是一种进步的表现，但随之而来的声音却是有关舆论对司法干预的问题。

> 法院判决的依据是法律，如果仅仅因为社会舆论的呼声而改判显然是不合适的。在许霆案中，既然原审的定罪和量刑都得到了认可，为什么不维持原判？难道仅仅因为舆论反对之声强烈，为平息公众舆论，就可以损害法律的严肃性和公正性吗？在许霆之前，也曾发生过类似案件。云南一个叫何鹏的人因同样原因被判处无期徒刑。那么，这些与许霆案类似的案件是不是都有必要发回重审呢？如果其他案件不重审，仅将许霆案作为个案处理，是否符合公平原则？③

“所以，舆论之所以给人以干涉了司法的印象，不是舆论的问题，而是司法的问题。在这种情况下，舆论看上去是干涉了司法的独立性，取得了一个能够交代得过去的结果，其实却是一种双输的格局。舆论与媒体输在——改变了结果，但没有改变导致原来那个能够判许霆无期徒刑的原因；司法输在了没有坚持使用现有的、已经生效的法律，而任意改变了法律，‘特案特办’正好为司法不独立做了一个注解。”④“在一个更深远的领域导致了人们对于司法本身的不信任。我们知道，法律最重要的作用之一就是能够告诉人们，如果你如何做了，将要付出什么样的代价。这种可预期性才能真正有威慑力。一旦人们知道在法律层面上总是有例外发生的时候，司法的可预期性就荡然无存。”⑤

可见，公众舆论进入案件裁决场域，争夺话语权在带来正面影响的同时，也会带来负面影响，但无论是正面影响还是负面影响，而最直接的影响却是在一定程度上左右着法院在众多的与当下裁决案件相关联的法条中的目的性选择，从而增加了司法裁判的不确定性及不可预测性。

(二) 专家学者进入案件裁决场域，争夺许霆案裁判话语权

以高校教授、著名律师为主体的专家学者与法官、检察官一样同属职业法律人或

---

① 刘仁文:《为什么许霆被轻判更得民心?》，载 http://www.meide.org/index.php/viewnews-1969.html，发布时间：2008 年 4 月 2 日。

② 窦含章:《许霆案改判留下三个遗憾》，载《中国证券报》2008 年 4 月 2 日。

③ 同上注。

④ 五岳散人:《许霆的轻判，媒体与司法的“双输”》，载 http://www.meide.org/index.php/viewnews-1969.html 2008 年 4 月 2 日 10:44 南方都市报。

⑤ 同上注。

一个法律共同体，其本身对案件裁量活动施加影响，归根到底还是以其在司法场域所持有的强势文化资本对法官、检察官进行的一种文化挤压，其耀眼的名望、学识、地位等，对我国本就缺少文化资本的法官、检察官构成了一种无法抗衡的威慑，从而在某种程度会改变案件裁量过程中的力量结构。

专家学者对案件裁判活动的介入，通常是以向法院或主审法官提供当下裁决案件的法律论证意见书的方式进行的；而对许霆案的介入则是以公众舆论的形式通过网络、媒体进行的，其显赫的专业资格、尊贵的学术身份而对案件产生的话语影响力是普通民众所望尘莫及的。只要是冠以某资深教授认为、某著名律师认为或某些专家、教授、律师等等直接以本人名义发表自己的观点，都会引起法院及参与案件审理的法官更多的关注。

许霆案原一审对许霆以盗窃金融机构的盗窃罪而判处无期徒刑后，不仅普通公众哗然，专家学者也对此观点纷纭而纷纷借助媒体、网络发表自己的见解。如：

“北京大学教授贺卫方认为，这个案子争论点是究竟是适用民法，还是刑法。ATM机是否等同金融机构，这决定到量刑的轻重；当事人的犯罪行为是否构成盗窃？法院在推理、适用法律的解释方面做得不足。”①

侯国云教授认为：“许霆在 ATM 机里提取现金的行为……是利用自己真实的信用卡，在公共场合，并采取合法的手段提取的……既是公开提取，当然不是盗窃。”②“我认为许霆的行为既不是不当得利，也不是盗窃，而是一种全新的行为。”③

“2008 年 1 月 8 日，北京 8 名律师联名上书全国人大和最高法院，递交了一份《关于刑法及其法律适用若干问题亟待修改》的公民建议书：认为许霆案适用的法律依据量刑幅度太僵硬，出现了刑罚断档现象，造成了适用刑罚上的不衔接。”④

许霆案重审对许霆仍判以盗窃金融机构的盗窃罪，但被判处 5 年有期徒刑后，在公众纷纷表达各自对此见解的喧哗中，最响亮的依然是专家、学者的声音。

“北大教授、著名法学家贺卫方明确指出：此案再次上诉是没有用的！他认为广州市中院将许霆由无期徒刑改判五年比较合理，但这一重大改判肯定是得到了最高人民

---

① 张景华：《“许霆案”一审判决无期的法律依据为何引争议》，载 http://bbs. ccnu. com. cn/frame. php?frameon = yes&referer = http%3A//bbs. ccnu. com. cn/viewthread. php%3Ftid%3D2687365%26page%3D1，访问时间：2008 年 3 月 31 日。

② 侯国云、么惠君：《许霆取款行为不应以犯罪论处》，载 http://www. acla. org. cn/pages/2008-1-24/s42817. html，访问时间：2008 年 1 月 24 日。

③ 侯国云：《许霆案是刑法中未规定的全新行为》，载 http://www. chinanews. com. cn/sh/news/2008/02-03/1156197. shtml，访问时间：2008 年 2 月 3 日。

④ 张景华：《“许霆案”一审判决无期的法律依据为何引争议》，载 http://bbs. ccnu. com. cn/frame. php?frameon = yes&referer = http%3A//bbs. ccnu. com. cn/viewthread. php%3Ftid%3D2687365%26page%3D1，访问时间：2008 年 3 月 31 日。

法院许可的,故许父再上诉也没用了。"①

陈兴良教授认为:"许霆的行为构成盗窃罪,从我国目前的刑法理论来分析,应该是正确的判断。关键问题是对许霆的量刑过重,难以为公众所接受……对于许霆案应当考虑适用特殊减轻……我个人倾向于对判处法定最低刑仍然明显过重的案件适用特殊减轻,而不是特殊减轻规定只适用于涉及政治、外交等情况的案件……由此可以减轻许霆的责任。"②

张明楷教授认为:

> 从立法论上来说,量刑畸重缘于过重的法定刑。但是,一方面,不能因为判处无期徒刑过重,就否认许霆的行为属于盗窃金融机构。另一方面,既然判处无期徒刑过重,就必须合理运用刑法的相关规定,对许霆判处低于无期徒刑的刑罚。对此,有两个可供选择的途径:(1) 适用《刑法》第 63 条第 2 款减轻处罚。在适用该款时,应依法定程序先作出减轻处罚的判决,然后逐级上报至最高人民法院核准。(2) 认定许霆的行为属于盗窃金融机构,但不认为其盗窃数额特别巨大。……许霆的行为属于盗窃金融机构,但可以判处低于无期徒刑的刑罚。③

尽管许霆案尚在二审过程中,实际上某些专家学者已经在抢占许霆案二审裁判话语权的制高点,并为二审的裁判确定基调。尽管广州市中级人民法院院长吴树坚一再强调:"任何法学家都只是某个领域的专家,他们的意见未必就是正确的。"④"重审许霆案……是完全走了正常的法律程序,这是一件很正常的事情,并不是什么特殊的事情。"⑤但专家学者的观点对法院特别是主审法官裁判案件的一定程度的影响无疑是客观存在的,许霆案从原一审到发回重审的过程就是最客观、最现实的佐证。这种影响力往往和专家的学养水平、名望地位及法官的职业素质、专业技能息息相关,专家的学养水平、名望地位越高,影响力就越大;法官的职业素质、专业技能越高,影响力就越小。这种影响力的核心同样是会在一定程度上左右着法院在众多的与当下裁决案件相关联的法条中的目的性选择,从而增加了司法裁决的不确定性及不可预测性。

(三)司法官员进入案件裁决场域,争夺许霆案裁判话语权

司法裁判场域实际上是最容易受到权力和政治场域的运作逻辑影响的地方。换

---

① 陈红艳等:《法学专家贺卫方:许霆案改判较合理 上诉也没用》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-04/17/content_7992592.htm,访问时间:2008 年 4 月 17 日。

② 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

③ 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

④ 张强等:《广州中院院长谈"许霆案"法学家意见未必正确》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-02/19/content_7627655.htm,访问时间:2008 年 2 月 19 日。

⑤《广州中院今天重审许霆案》,载 http://ent.163.com/08/0222/07/459O64AL00032DGD.html,访问时间:2008 年 2 月 22 日。

言之,要使司法的运作完全排除政治和权力因素的干预,无异于天方夜谭。特别是在当下中国法律与权力界分还相当模糊、司法还未能完全从政治的母体中脱离出来以及整个社会的政治化与国家化程度还相当高的情况下,法官就不可能是法庭权力结构以及审判活动的中心,而任何法官实际上也都无法主张自己所从事的只是中立的科学活动而不是一种本质上的政治或权力活动。① 就目前中国的司法及其管理体制而言,中国目前的法院仍然强调对个体法官的控制与管理,进而使得法官个体的独立人格和主体意识以及积极性都淹没在法院的集体意志之中。② 实行的仍是法院独立审判而不是法官独立审判制。法官行使审判权则要受到法院内部组织的层层制约,不仅重大、疑难、复杂案件的裁判,要报请审判委员会集体讨论决定,而且,在法院的审判管理上,各地各级法院普遍实行的是与行政系统相同的按官阶而不是以审级来分配权力和权利的"下级服从上级"的行政层级制,从而形成了"法官之上还有法官"的格局。这样,为了尽量减少"错案",不仅下一审级的法院或法官经常会向上一审级的法院和法官"请示"如何判案,而且上一审级的法院也常常对下一审级的法院正在审理的案件下达如何裁判的"指示"。

在许霆案该如何进行司法裁判的喧嚣声中,有两个声音格外引起人们的关注。

一个是2008年3月十一届全国人大一次会议期间作为全国人大代表的时任最高人民法院副院长姜兴长大法官的声音:"全国人大代表、最高人民法院副院长姜兴长在接受记者采访时表示,'许霆案'属于恶性取款,定罪判刑是应该的,但这是一个特殊的盗窃案件,判处盗窃金融机构罪显然不合适,应该综合考虑法律效果和社会效果。他透露,许霆案判决结果最早将于月底知晓。"③"姜兴长说,'许霆案'已经引起最高人民法院关注,从目前的情况来看,许霆案属于恶性取款,数额巨大,定罪是应该的……"④至于量刑,"姜兴长说,《刑法》第63条规定:犯罪分子具有减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。这意味着,广州中院的判决和裁定,只有经过最高人民法院核准后,才能发生法律效力并交付执行"。⑤

另一个是2008年1月时任广东省高级人民法院院长吕伯涛大法官的声音:"许霆案有三点值得大家探讨。首先,许霆盗窃了很多钱,但他算不算盗窃金融机构呢?ATM机究竟算不算金融机构,我国的法律、司法解释中,都没有说明这一点。……第

---

① 参见〔美〕波斯纳:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第58页。

② 参见苏力:《论法院的审判职能和行政管理》,载《中外法学》1999年第5期。

③ 参见《最高法副院长称 许霆一审被判无期明显偏重》,载 http://news.21cn.com/zhuanti/domestic/2008lianghui/dongtai/2008/03/11/4451149.shtml,访问时间:2008年3月11日。

④ 同上注。

⑤ 同上注。

二，盗窃是不经他人允许拿走他人东西。但假如 ATM 机不出错，许霆就拿不到钱。许霆错在哪里？错在明知 ATM 机出错了，他还连续多次拿钱。第三，法官审案都要有适用的法律条文。但是，法律条文的制定不可能完全预见未来，所以这个案件才出现了新的问题。”①“许霆案发回重审，就是为了让大家来讨论这个问题。听取多方意见，以期最后寻找出一个合法、合情、合理的解决方法。这是追求法律效果和社会效果的统一，也是实事求是、构建和谐社会的要求。”②

由于这两个声音均在许霆案原一审判决作出后发出，而且都表示“许霆案一审确实存在问题”，这表明这一案件的裁决即使在法院系统尤其在上级法院也还存在争议，尽管还不能说这两位大法官的言论就是导致许霆案发回重审及重审裁判结果的原因。当然，对这两位上级法院大法官在此案审理过程中发表上述言论是否妥当，是否不恰当地对下级法院的审理造成压力或影响，也可以有见仁见智的进一步深入探讨。

四、关于许霆案的裁判技能

司法过程中的裁判技能就如同蝴蝶两只美丽的翅膀，是双翼的。一翼是裁判过程中的价值判断，一翼是裁判过程中的逻辑推理，两翼比翼齐飞。

价值判断是司法裁判的实质内容；逻辑推理是司法裁判的形式表现。司法裁判中的价值判断以逻辑推理为依附；司法裁判中的逻辑推理以价值判断为基础。价值判断以衡量和取舍冲突与博弈着的各种社会利益为核心；逻辑推理以规范为起点再回到规范为目标。价值判断需要逻辑推理验证其判断的合理性；逻辑推理需要价值判断提供其推理的目的性。价值判断体现了社会价值、社会诉求、社会知识、社会阅历，积淀的是司法的经验心得，逻辑推理代表了法律命题、法律训练、法律技能、法律思维，积累的是司法的逻辑技巧。“逻辑中充满着经验，而经验又要受逻辑的检验。”③正如美国资深法官、美国第三巡回上诉法院前院长鲁格罗·亚狄瑟所言：

> “履行式话语”（performative utterance）不仅具有表意功能，而且本身就有作用。由于司法判决符合这个描述，我们可以说，法庭公开其得出结论过程和结论本身一样重要。如果我们评估一个判决不是根据“正确”或“错误”，也不是根据对这个结果主观的同意或不同意，而是根据对彼此冲突的社会利益进行审慎而无私的权衡，那么“履行式话语”就包括以逻辑的形式呈现而为社会所接受的解释。④

---

① 方夷敏等：《广东省高院院长谈许霆案：公众讨论不应针对法官道德》，载 http://news.xinhuanet.com/politics/2008-01/18/content_7442459.htm，访问时间：2008 年 1 月 18 日。

② 同上注。

③ 〔美〕斯科特·布鲁尔：《从霍姆斯的道路通往逻辑形式的法理学》，载《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社 2005 年版，第 123 页。

④ 〔美〕鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑》，唐欣伟译，法律出版社 2007 年版，第 80 页。

即裁判的合法性、正当性,必须借助于理性思维的逻辑推理活动,只有借助理性的逻辑推理,才能把法官的裁判理由和裁判结论的合法性与正当性充分展示出来。亦即"法律适用是一个基于逻辑形式而为的评价,此乃一种论证,即以必要充分的理由构成去支持其所做成法律上的判断。法学上的论证是一种规范的论证,不在于证明真理的存在,而在于证明某种法律规范适用的妥当与正确。……论证系对某种判断加以正当化的过程。"①

许霆案不论是原一审、重审,还是二审,对审理案件法官的司法裁判技能都是一个巨大的检验。

(一)价值判断

在许霆案中,面对该案中众多的甚至彼此冲突的社会利益诉求,如何通过价值判断,明确该案裁判的实质或灵魂,这是许霆案司法裁判是否具有实质合理性首先要解决的问题。

价值判断是"有关人的活动目的"的判断,泛指对是非、善恶、有用与否等进行评价的准则或尺度。②"不仅指根据所选择的价值标准衡量利益的结果,而且也指对特定评价标准的选择。"③

司法过程中的价值判断,是一种司法行为的本能表现。整个司法活动的过程实际上也是一个若干价值判断交替或同步进行的过程。诚如日本学者川岛武宜所指出的:

> 我们经常可以看到,有许多案件仅依法律条文的字句进行逻辑推论是无法解决的。为什么会产生这种现象呢?因为条文中使用的概念通常由内容(含义)不甚明确的日常用语所构成。即使赋予某一技术概念以特有的含义,亦无法覆盖具体生活中的方方面面。在这种情况下,仅依条文的字句进行逻辑推理是不可能导出审判的结论的。它要求,法官在具体的事件中必须依据各种事实关系与条文规定的内容进行对照,自己去作出价值判断。④

作为一种司法经验的价值判断,首先是司法场域中法律共同体个人的"性情倾向系统",体现的是个体的认知、感知和行动图式,带有鲜明的主观性特征。在司法过程中,司法官的个性、情感、偏好等自身价值因素构成了其对于特定案件的事实状态和适用规范所进行的价值判断的基础。

现实主义法学家奥利芬特认为,"法官处理案件过程中不论是对结果的决定,还是

---

① 王泽鉴:《法学思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第210页。

② 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第437页。

③ 〔英〕迪亚斯:《法律的概念与价值》,黄文艺译,载张文显、李步云主编:《法理学论丛》(第二卷),法律出版社2000年版,第465页。

④ 〔日〕川岛武宜:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第243页。

对判决得出的方法，都可以凭借自己的直觉进行选择。"①哈特森对此亦言，"当遇到棘手的或错综复杂的案件时，我便使我的想象力开始活动，冥思苦想各种线索，静心等待感觉的出现，直觉的意识突然闪现出思想的火花，一刹那就使问题和要得出的结论联系在一起了。"②

当然，作为一种司法经验的价值判断，不仅是个体的认知、感知和行动图式，同时"它也是社会的、集体的"，"是社会性地体现在身体中的"③，不可能仅是判断主体的纯主观的肆意的个人妄为。由于司法官个人的价值偏好不可避免地会受司法场域价值系统的影响，实际上其个人的价值偏好，往往是被场域价值系统型塑过的个人价值偏好，因此，司法官的价值判断必然会受到社会公众价值观的限制。换言之，司法官的对事实的认定及规范的适用一般是从社会公众的一般价值理念出发，以社会公众的价值理念作为判断的基础，因而价值判断又带有客观性特征。然而在基于公众价值系统所进行的价值判断中，可供选择和遵从的价值却是多元的④，甚至彼此之间充满了矛盾。

> 法律价值判断究竟是如何进行的呢？法律价值判断是如何避开与法律价值体系之间的矛盾，或在不使其发生矛盾的状况下实施的呢？此外，如何才能确定法律价值判断与社会关系的现实相符合呢？这些问题看上去非常简单，但实际上是极其困难的。因为在一个法律价值体系之中，存在着各种各样必须遵从的法律价值。当遵从其中之一的法律价值（例如，个人的财产权、个人的基本人权等）时，往往会与其他的法律价值（例如，交易界的整体利益、"公共福利"等）发生冲突（从眼前来看可能被判断为不当的情况，若从长远的角度来看则可能是非常正确的）。因为现实中的社会关系是非常复杂的，某一法律价值判断将与其他什么样的法律价值发生冲突，事前并不清楚，某一法律价值判断与对其他问题所做的法律价值判断是否矛盾事前也不清楚。⑤

---

① 付池斌：《现代主义法学》，法律出版社2005年版，第16页。

② 同上注，第16—17页。

③ 〔法〕皮埃尔·布迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思——反思社会学导论》，李康、李猛译，中央编译出版社2004年版，第170页。

④ 一是，即使是对诸如秩序、自由、平等、人权、正义等基本价值，人们也有不同的理解。至于在整个价值体系问题上，人们的认识分歧就更大。二是，价值判断中，人们面对的可供抉择的价值是哪一些，只有在具体的案件情境之下，才可以具体地了解，难以抽象地一概而论。在不同的案件情境之下，供人们选择的价值范围也是不同的。因而，就无法制定一个定则随处使用。三是，每一个价值都有其被遵从的根据和道理。对不同的价值进行比对、鉴别，并有选择地运用，恰如"熊掌"与"鱼"均人之所欲也。要有所取舍，何其困难是无法想见的。四是，每一个价值，每一个在法的价值判断中需要使用的价值，它与整个人类，与整个国家法的价值体系之间的关系如何，以及如何协调他们之间的关系，也是艰难的问题。五是，法的价值与社会关系之间的关系，也需要判断［参见卓泽渊：《法的价值论》（第二版），法律出版社2006年版，第581页］。

⑤ 〔日〕川岛武宜：《现代化与法》，申政武等译，中国政法大学出版社2004年版，第248页。

因此,在价值判断过程中如何进行价值的权衡、比较和选择,就成了价值判断的一个重要方面,而在具体案件所涉及的各种利益关系中如何进行利益衡量①,也就成了这一问题的核心所在。

发生在中国当下社会情境中的许霆案承载了太多社会多元价值的诉求。案件当事人许霆和银行的利益诉求;社会公众的利益诉求;法律共同体的利益诉求;政治权力的利益诉求;道德的利益诉求;刑法价值目标的利益诉求;社会价值目标的利益诉求等,这都是法官在寻找、选择裁判该案的法律规范时,首先必须要思考的问题。即不是先寻找本案应适用的法律规范,而是综合把握本案的实质,结合与本案相关联的社会环境、各方利益诉求、社会价值观念等,对各方的利害关系作比较权衡,对相关利益进行取舍,先作出哪一方应当受保护的判断,再去选择适用相应的法律规范,或者说两者是同步进行的。许霆案的原一审与重审之间,案件事实还是那个案件事实,刑法规范还是那个刑法规范,法院还是那个法院,然而裁判结果已不是那个裁判结果。从无期徒刑到5年有期徒刑,犹如从地狱瞬间升至天堂。其原因何在?“正是在重审要设法纠偏的目的指引下,重审法官能动地开始了对许霆轻判的论证。重审轻判5年主要是基于以下两点考虑:一是与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,许霆的主观恶性相对较小;二是与采取破坏性手段盗取钱财相比,许霆的犯罪情节相对较轻。这种有利被告的思路当然是正确的,不幸的是,原审法官并没有站在这样的高度来思考问题。”②正是因为原一审后,法院通过权衡、取舍各种利益诉求,明确了该案裁判的新的价值目标,原一审与重审在裁判价值追求上发生了变化,导致了刑法规范选择适用上的变化,即重审启用了《刑法》第63条第2款,才造成了裁判结果之间如此大的落差。

---

① 利益衡量理论作为法学方法论的一种,源自德意志法学家赫克创立的利益法学。在赫克之后,诸多的法学家对利益衡量理论进行了系统探讨。其中日本的加藤一郎和星野英一教授对利益衡量理论的发展贡献至巨。加藤一郎在批判概念法学各种弊端的基础上于20世纪60年代提出,在处理两种利益之间的冲突时,强调用实质判断的方法来判断哪一种利益更应受到保护。具体到法官在应用利益衡量的方法进行判决时,不是急于翻阅法规去寻找本案应适用的法律规则,而是通过利益衡量方法,综合把握本案的实质,结合社会环境、经济状况、价值观念等,对双方当事人的利益关系作比较衡量,作出本案当事人哪一方应当受保护的判断,然后再从法律条文中寻找根据,以便使结论正当化或合理化。但何谓利益衡量,在我国大陆学者的著述中难以见到其概念,曾任台北地方高等法院院长的我国台湾地区学者杨仁寿先生认为:“法官在阐释法律时,应摆脱逻辑的机械规则之束缚,而探求立法者于制定法律衡量各种利益所为之取舍,若立法者本身对各种利益业已衡量而加取舍,则法义甚明,只有一种解释之可能性,自须尊重法条之文字,若有许多解释可能性时,法官自须衡量现行环境及各种利益之变化,以探求立法者处于今日立法时,所可能表示之意思,而加取舍,斯即利益衡量。换言之,利益衡量乃在发现立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断。”(杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第175—176页)德国学者卡尔·拉伦茨先生则认为:一旦利益冲突发生,“司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的‘重要性’,来从事权利或法益的‘衡量’”。(〔德〕KarlLarenz:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版有限公司1996年版,第313页)

② 刘仁文:《许霆案的轻判是如何实现的?》,载http://news.sina.com.cn/o/2008-04-02/023213670562s.shtml,访问时间:2008年4月2日。

（二）逻辑推理

在明确许霆案裁判的价值目标后，面对若干个与当下案件存在关联关系的法条，如何通过逻辑推理，寻找、选择最适用于当下案件的条款，这是许霆案司法裁判是否具有形式合理性必须要解决的问题。

1. 如何基于许霆案的案件事实，建构适宜于许霆案的裁判规范

如上所述，刑法规范概念普遍具有模糊或抽象特点，刑法规范结构呈现漏洞或空缺现象在所难免，直接用刑法规范作为逻辑推理的大前提去裁决某一具体的案件事实，显然是比较困难的，在这中间，即在一般刑法规范与特殊案件事实之间，或在抽象的已被类型化了的刑法规范与具体的具有鲜明个性特点的案件事实之间，客观上必然会存在着一个能够将两者进行"链接"的环节，这是因为现实生活中的各种刑事案件并不按立法者所设计的犯罪构成模式去发生，以至于经常出现体现刑事案件共性的刑法条文与充满个性的具体刑事案件不能完全吻合的现象。尽管"当为与实存，规范与规范所指涉的事实，并非处于严格的对立关系"[①]，但"对许多案件来说，完全依法是无法判决的。法官等在进行审判活动时的正确做法，只能是通过法律又超越法律。"[②]正如米勒一再强调的，规定在法律中的规范（规范文本）并非最终个案裁判基准的规范（裁判规范），前者只是法官形成后者的出发点而已。[③] 不难窥见，通常当刑法文本规范不能完全地直接地满足审判需要时，不能拒绝裁判的法官自然会形成某种直接作为当下案件据以裁判的即时性判断，即创制适合当下案件裁判的规范。刑法文本规范仅是法官所依据的裁判准据之一，换言之，刑法规范本身所能直接发挥的强制力是有限的，刑法规范应有的更多的强制力却需要法官通过其他途径，即主要是通过创制刑法裁判规范，才能得以完成。所以，刑法规范适用的过程就是刑法文本规范具体化、践行化的过程。作为刑法文本规范具体化、践行化之结果形态的刑事裁判规范，在法官头脑中从产生到最终确立是一个非常复杂的过程，这不光因为裁判规范本身是针对千差万别的个案事实，还因为它产生于素质、知识、经验、技能、品德有相当差异的不同法官的大脑中。因此，刑事裁判规范的生成过程，实际上是在一定的社会核心价值目标导演下，法官携规范与事实共舞一曲的过程；其生成表象实际上是法官基于特定案件事实对文本规范的诠释结果。

在这个过程中，一方面，要通过刑法规范识别，寻找关联法条；或者当一个案件面临着两个或两个以上的规范可能被适用的情形时，在其中进行选择关联度最密切的法条，即哪个与当下裁决案件事实是最相类似的条款，以及通过刑法规范解释，使刑法规范通过个案事实由抽象变为具体，由模糊趋向明确，并通过个案事实逐步确定规范对

---

① 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第13页。

② 陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社1999年版，第231页。

③ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第13页。

事实的涵摄量,由此衍生出规范适用的经验规则,进而“发现”是与特定案件事实相关的正当的“个案裁判规范”;另一方面,要把当下需要裁判的个案事实与规定特定犯罪的犯罪构成要件的规范事实联系起来,既要从案件到规范,又要从规范到案件,对两者进行比较、分析、权衡。对于案件事实,要以可能适用的刑法规范为指导进行分析;反之,对于刑法规范,要通过特定个案或者案件类型进行解释,形成构成要件与案例事实的彼此对应。为了使法律满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要,法官在面对某种崭新的生活事实,同时根据正义理念认为有必要对之进行刑法规制时,总是将这种生活事实与刑法规范相适应,一方面使抽象的法律规范经由解释成为具体化的构成要件;另一方面,要将具体的案例事实经由结构化成为类型化的案情。形成构成要件与案例事实的彼此对应。通过从案件到规范,又从规范到案件,对两者进行比较、分析、权衡。① 于是,“规范成为‘符合存在的’,案件成为‘符合规范的’,并且逐步地规范变成较具体的、较接近现实的,案件变成轮廓较清楚的,成为类型。”②“只有在规范与生活事实、应然与实然,彼此互相时应时,才产生实际的法律:法律是应然与实然的对应。”③这个“实际的法律”就是刑法规范通过个案事实衍生出规范适用的经验规则,或者将其称之为裁判规范。刑法适用过程中的形形色色、各种各样而又难以理清的经验规则,既是对刑法规范的解释结果,又是对案件事实不断进行类型抽象的外在表现。正是这些潜行在刑法规范适用过程中的经验规则,使相对静止的刑法规范与不断变化的生活事实在不断冲突当中总能找到解决矛盾的切入点,延续着刑法的生命,即逐渐形成针对案件法律事实的刑事裁判规范。“大部分的法律都是经过不断的司法裁判过程才具体化,才获得最清晰的形象,然后才适用于个案,许多法条事实上是借裁判才成为现行法的一部分。”④从而保证了刑法的正常适用。

刑事裁判规范的建构过程,是法官案件裁决中的法律思维过程。毫无疑问,这个过程是隐秘的。许霆案的这一过程也不例外。我们在重审的判决书中是不会看到建构许霆案裁判规范的思维过程的,我们能够看到的是这一思维过程的结果。即在与许霆案案件事实在定罪及量刑方面存在关联关系的《刑法》第 13 条、第 14 条、第 63 条、第 170 条、第 196 条、第 264 条、第 266 条中,选择适用了第 63 条第 2 款和第 264 条,并创制了该两条新的适用类型,或者说《刑法》第 63 条 2 款和第 264 条在许霆案中形成了新的裁判规范。即:

(1)“利用自动柜员机系统异常之机,自以为银行工作人员不会及时发现,非法获

---

① 参见张明楷:《从生活事实中发现法》,载《法律适用》2004 年第 6 期。

② 参见〔德〕亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版有限公司 2000 年版,第 237 页。

③ 同上注,第 148 页。

④ 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 20 页。

取银行资金"①,属于"盗窃公私财物"。

(2)"自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的专有设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金"②,属于"金融机构"。

(3)"许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。"③即在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,并采用持卡窃取金融机构经营资金、且行为是偶发性的,可以认为属于《刑法》第63条第2款规定的"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚"的情形。

2. 如何将许霆案的裁判规范建构过程,通过法律适用而逻辑、技巧地表达出来。

司法裁判过程,是一个三段论的推理过程,必然涉及三个层面:其一是小前提的建构,即将案件的生活性事实,建构成案件的法律性事实;其二是大前提的建构,即将文本中的刑法规范,建构成裁判中的刑法规范;其三,裁判结论的推导,将案件的法律事实与案件的裁判规范交互融合,向人们宣示一种合理与正当。可见,司法裁判过程除了对案件事实部分的认定外,最重要的就是解释与说理,即对这个案件事实为什么最适合适用这条法律规范的规定以及这条法律规范为什么可以适用于对这个案件事实的裁决进行解释和说理。即法官将案件裁判结论的合法性、正当性,借助于理性思维的逻辑推理活动,通过判决书这种客观外在表现形式充分展示出来。

从许霆案的重审判决书来看,这一点确实让人有点失望。"我感到失望的是法官说理不够。贺卫方说,许霆案给大众带来的启示,首先是法律制度的确定性问题。他说,法制社会要求法律规范必须清晰明确,它的制定不能让公民无所适从,但谈何容易呢?法律条文是用语言构造,必然存在语言的模糊性。'如果法律不能给出明确的概念,本身是模糊的,公众有理由要求司法部门对条文给出更细致的考察、更深入的解读。但在一审判决中,让我感到失望的是,法官的说理却只有七八百字。'"④

好在我们的一些刑法专家学者,在对许霆案重审判决结果进行评价的同时,也对判决书的这一明显不足进行了"补充说理",如:

---

① 《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》,(2008)穗中法刑二重字第2号,载 http://www.hanjilawyer.com.cn/list.asp? Unid=4128,访问时间:2008年4月13日。

② 同上注。

③ 同上注。

④ 《法学教授称许霆案重审结果合理　再上诉已无意义》,载 http://news.sina.com.cn/s/l/2008-04-17/025715370838.shtml,访问时间:2008年4月17日。

陈兴良教授针对判决采用了《刑法》第63条第2款,认为:

> 适用特殊减轻的理由有三:一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由,却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物,这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比,客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑,从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说,由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低,由此可以减轻许霆的责任。①

张明楷教授针对判决书对许霆盗窃金融机构的认定,认为:

> 《刑法》第264条所规定的"盗窃金融机构",显然是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户资金等。一方面,盗窃金融机构的汽车、电脑等财物的,不属于盗窃金融机构。另一方面,金融机构经营资金的存放地点、存放状态,不影响对金融机构经营资金的认定。ATM机内的现金,明显属于金融机构的经营资金。……许霆并没有盗窃ATM机,而是盗窃了ATM机中的现金,ATM机中的现金是银行的经营资金,银行属于金融机构,故许霆盗窃了金融机构的经营资金。②

尽管裁判的合理与正当与否不是以专家学者的认可或批评为标准的,但专家学者的认可或批评,至少能为我们思考许霆案件在审判中应如何适用刑法,提供一个有益的视角。正如刘仁文博士针对许霆案所言:"我们的社会正变得越来越复杂,而法律的适用并非简单地对号入座,而要在充满迷途和荆棘的丛林中寻找妥当的路径,这无疑给法官提出了更高的要求,需要综合运用价值、方法、法律、情理、良知、勇气等多种因素,使自己的推理和结论不仅符合法律的形式,而且符合法律的精神和目的。"③

综上分析,笔者认为,许霆案给予我们的最大启示之一就是:既然刑事司法裁判结论在形成过程中具有不可避免的模糊性和不可确定性,是我们必须要面对的一种客观现象,那我们所能做的当然就只能是在追求司法裁判合理性(包括刑法适用的实质合理性和形式合理性)的同时,让刑事司法裁判结论在形成中,尽可能无限度地去接近确定性和可预测性。

---

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。

② 张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日。

③ 刘仁文:《为什么许霆被轻判更得民心?》,载 http://www.meide.org/index.php/viewnews-1969.html。

关注许霆案件中的最高法院

卢建平*

21岁的小伙子许霆，因为在自动取款机上取了17万，一审被定盗窃罪（盗窃金融机构）判处无期徒刑；时隔半年，在同一法院，同样的罪名，刑期却一下子从无期徒刑降到了5年有期徒刑。一个案件使得舆论几度哗然。判无期徒刑时，多数人认为法院处刑过重，是恶法；而在改判5年有期徒刑后，又有不少的声音在质疑法院司法的公平、公正和独立。一个并不复杂的案件也一下子让三级法院牵涉其中：广州中院一审判无期，广东高院二审发回重审，2008年3月31日，广州中院重审改判5年。许霆不服一审判决提起上诉，2008年5月22日，广东省高级人民法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。2008年8月20日，最高人民法院核准了广东省高级人民法院的终审裁定。最引人注目的是，因为案件审理期间恰逢两会召开，身为代表委员的最高人民法院的多位领导也在媒体的热切关注之下有过多次的公开表态。有人断言，许霆案将和孙志刚案、聂树斌案等一样，成为中国法治建设进程中的又一个典型性案例！

对于这一断言，笔者以为是成立的。首先，它体现了人民群众要求法律与时俱进、因时而变的呼声；其次，它反映了宽严相济刑事政策指导下的轻刑化趋势；再次，它证明了司法必须追求法律效果和社会效果的统一，必须接受人民群众的监督。

然而，除了这些正面的评价之外，许霆案件就没有什么值得我们检讨反思的吗？笔者以为是有的，那就是司法权的权威问题。同样的案件事实，同样的罪名，量刑却由无期徒刑一下子变为5年有期徒刑，这样的结果确实让人难以接受，难怪人们对于法院的判决（无论是原来的无期徒刑，还是后来的5年徒刑）产生诸多质疑。而笔者尤其关注在本案处理过程中最高法院的作为问题。具体而言，笔者对于最高法院的关注是基于实体、程序、监督机制、媒体应对等四个方面。

一、实体法的角度

对于本案最初判决的无期徒刑，有人因为其刑重而斥之为恶法，更有人从这一重刑判决而迁怒于刑法的规定。其实该判决所依据的刑法并不恶。1997年修订的刑法

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、博士生导师。

在规定盗窃诈骗等犯罪时,并没有采取与贪污贿赂等犯罪一样的数额犯思路,而是走了一条多数国家所采用的立法定性不定量的传统路子。《刑法》第264条规定,盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:

(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;

(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。

既然立法没有明确规定盗窃案件的数额标准,立法就不必担当“恶法”之名,因为问题的根子出在司法解释上。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》(法发[1998]3号)明确:根据《刑法》第264条的规定,结合当前的经济发展水平和社会治安状况,现对盗窃罪数额认定标准规定如下:

一、个人盗窃公私财物“数额较大”,以五百元至二千元为起点。

二、个人盗窃公私财物“数额巨大”,以五千元至二万元为起点。

三、个人盗窃公私财物“数额特别巨大”,以三万元至十万元为起点。

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅(局),可以根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在上述数额幅度内,共同研究确定本地区执行的盗窃罪“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的具体数额标准,并分别报最高人民法院、最高人民检察院、公安部备案。

根据最高人民法院的这一文件,广东省高级人民法院发出了《关于确定盗窃案件数额标准问题的通知》(粤高法发[1998]11号),其中规定:“根据我省各地经济发展的情况,经研究,对我省执行‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的问题通知如下:一、我省执行上述三个数额的标准分三类地区、三个档次掌握:(一)一类地区是广州、深圳、珠海、汕头、佛山、东莞、中山等七个市。盗窃数额较大的起点掌握在二千元以上;数额巨大的起点掌握在二万元以上;数额特别巨大的起点掌握在十万元以上。”

根据以上司法解释,个人盗窃财产在3万至10万元以上的,即为数额特别巨大,依法当处10年以上有期徒刑或者无期徒刑;若是盗窃金融机构,数额特别巨大的,当处无期徒刑或者死刑。因此,广州中院的原审判决并没有错,因为它严格遵循了最高人民法院的司法解释。所以,如果说1997年修订的刑法不应背上恶法的罪名,那么,可能背上恶法罪名的就只能是最高法院的司法解释了!

就笔者对中国最高法院比较外行的了解,中国的最高法院与外国的最高法院有很大的不同,中国最高法院的法官很多,但是办理案件少,而外国最高法院的法官少,每年要审的案件却很多,例如法国最高法院每年审理的案件在3万件以上,韩国最高法院每年审理的案件数量也在两万件以上。中国最高法院的法官多,办理案件却少,他

们的主要精力基本都用在指导——用严格的法律术语来表示，应该是监督——下级法院的办案上，而研究起草司法解释成为中国最高法院最主要的一项工作，以至于笔者曾经把中国最高法院戏称为“中国最高法律政策研究院”。近些年的司法改革的成果之一是，中国的最高法院办理的案件越来越多，其中以死刑复核案件为最，最高法院逐渐变得名副其实。当然，最高法院也没有因此而忽视了传统的强项。2007 年 3 月 23 日，最高人民法院发布《关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12 号，自 2007 年 4 月 1 日生效），其中规定：

“第一条　为进一步规范和完善司法解释工作，根据《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》和《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》等有关规定，制定本规定。

第二条　人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出司法解释。

第三条　司法解释应当根据法律和有关立法精神，结合审判工作实际需要制定。

第四条　最高人民法院发布的司法解释，应当经审判委员会讨论通过。

第五条　最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。”

对此，我们试着给出的解释是，司法解释的对象是具体应用法律的问题，即有法律的应用问题；司法解释的根据是法律和有关立法精神，并结合审判工作实际需要；司法解释经法定程序作出，具有法律效力。

这个规定的第 5 条是特别值得注意的。最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力，也就意味着下级法院必须遵行，应该援引为审理案件的依据，不得违背。许霆案原审判决一出，虽然我也觉得其重，但是从一个简单的法律工作者的思维上讲，还是可以接受的，因为它至少符合了法律的一个基本原则，即“法律必须遵守”。没有料到的是，广大的社会民众、法学同行以及最高法院的某些领导很快就找到了一个比 1998 年司法解释、甚至比 1997 年《刑法》都要高得多的法，也就是那个合情合理但是看不见摸不着的“良法”，并据此对广州中院的原审判决展开了猛烈抨击。现在回头看，广州中院的原审判决犯的是“刻舟求剑”的一个错误，经济在发展，社会在进步，观念在变化，你怎么能够老是抱着一本 1998 年的司法解释不放呢？而最高法院的错误是双重的，一是没有恪尽职守，与时俱进，及时地修改老的司法解释，或者制定新的司法解释，为下级法院的办案提供科学合法的指导；二是越俎代庖，发布不适当的言论，干预了下级法院的独立审判！

由此须反思司法解释的功能。当法律具有一定的弹性和稳定性时，司法解释应该顺势而行，与时俱进，而不应该反制法律，使法律同时也使其自身严重落后于社会发展。也就是说，司法解释应该具有比法律更强的时空适应性。

许霆案件所折射出的社会价值观念的巨大变化，为我们的现代司法提出了一个适

应性的难题,而号称为“司法法”的司法解释是废是留,是留是改,才是最高法院的领导们真正应该关注的。

由此引申出来的另一个问题是,在贯彻宽严相济刑事政策的过程中,最高法院如何才能有更好的作为?是依循传统的人治模式,按照长官意志办事,还是奉行现代的法治理念,做依法治国的模范?

二、程序法的角度

许霆案件中的程序问题是非常复杂的,首先是一审,然后是二审,接着是发回重审;又是一审判决,不服又再上诉,而且因为使用了《刑法》第63条第2款的特别减轻规定,2008年8月20日,该案最终得到了最高人民法院核准。而最高人民法院也在本案中再一次受到了人们的关注。

我国1979年《刑法》第59条第2款规定:犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚。1997年修订刑法时,曾对它的存废产生过激烈的争议。主废者认为该制度违反罪刑法定原则和刑法平等适用原则,而且实践中屡屡出现被滥用的情况,特别是成为有的地方司法腐败的制度漏洞;而主留者认为,该制度具有稀释重刑主义、缓解刑罚刚性的功能,其适用中的缺陷可以通过程序控制予以补救。立法者最后采纳了后一种观点,保留了法院的特殊减刑权,但规定要经最高人民法院核准,这就是现在《刑法》的第63条第2款。

对于这样的制度设计,理论与实务界不是没有批评声音的。有人仍然认为这是“法外施恩”,有违现代刑法的基本原则,即便是由最高法院来行使核准权,也难以防止不当的扩大化适用。我们同意施恩的说法,但不认为该条款属于“法外施恩”,因为它的行使是有法律依据的,如同许多强调罪刑法定主义的法治发达国家几乎都同时规定大赦、特赦制度一样。为此我们也不认同有的人指责该条款有违“罪刑法定”原则的理由。因为“罪刑法定”的主旨在于保障被告人的人权,防止罪刑擅断,这种通过法律程序赋予更多的有利被告人的规定,与“罪刑法定”的精神是不矛盾的。

如果把第63条的特殊减刑权视为西方国家的刑罚的部分赦免,那么由最高法院来进行核准也是可行的。问题是,与当时的死刑核准权由最高人民法院下放到很多地方的高级法院相比,特殊减刑权的上收似乎就成了“立法的悖论”:施罚甚至于杀头的权力可以下放,而施恩的权力却要上收到最高法院,这无疑反映了刑法修订时期的重刑主义是多么严重。如今,面对日趋复杂多变的社会生活,国家积极贯彻实施“宽严相济”的刑事政策,以求改变重刑主义一统天下的局面。许霆案件之所以如此引人关注,根源也就在于此。但是,当最高法院将贯彻实施宽严相济刑事政策作为一项政治任务下达给各级法院,而且在社会观念普遍认同“宽严相济、以宽为先”的时候,各级法院选

择适当案件施以宽惠,有何不可?为什么非要由最高法院一家独揽?

笔者同意一些学者的意见,主张将特殊减刑权适当下放,建议为此修改《刑法》第63条第2款的规定。这不仅是贯彻实施宽严相济刑事政策的要求,同样也是基于司法效率的考虑。假如一审是基层法院,其后没有上诉、抗诉,那么按照现行程序,需要逐层报中级、高级和最高法院复核和核准,这个过程太漫长了,司法效率太低了。如果报生效判决法院的上级法院核准,这样既照顾到对原判法院行使该项权力的约束,又不至于使实现正义的过程太长,这样的制度设计更为合理。以许霆案件为例,像这种情形下的改判也许就由广东省高级人民法院直接行使,而不是采取发回重审的方式更好,那样原审法院也就不必面对如今出尔反尔的尴尬。

从进一步提高最高法院的工作效率和权威的角度考虑,笔者认为,最高法院应该学习借鉴政府在经济领域的工作思路和方法,即将主要精力用在政策指导和宏观调控上,而尽可能地少插手或者干预具体案件的审理。

由此也联想到一个问题,在当前的司法实践中,存在一种与实体法上的宽严相济相背离的程序上的宽与严,即"施恩从严、施罚从宽",如要对某些案件的嫌疑人采取相对宽缓的强制措施,相对不诉、存疑不诉或绝对不诉,或者从轻减轻,在程序上要受到更多也更严格的制约,而在相反的情形下,实际办案程序就要简化得多(当然死刑复核程序是个例外)。这一现象以及其后所隐藏的重刑法保护功能而轻保障功能的倾向,需要引起最高司法机关的高度重视。

三、监督制约机制

我国《宪法》第127条规定,最高人民法院是最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。《人民法院组织法》据此也有相应的规定(如第17条:"下级人民法院的审判工作受上级人民法院监督";第30条:"最高人民法院是国家最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作")。法律的规定固然清楚,但在实践中,最高法院如何行使监督职能却一直是个难题,因为其中涉及两个"独立"问题:一是法院法官的独立审判问题;二是下级法院的审级独立问题。

我们知道,法院的审判原则主要有四项,即审判独立原则、审判公开原则、适用法律平等原则和分工负责原则。所谓审判独立原则,是指人民法院对案件独立行使审判权,不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉。《刑事诉讼法》第12条也规定:"未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。"有权确认本案犯罪嫌疑人有罪的,只有管辖法院的判决书。

在我国,上、下级法院之间,更多的是一种审判监督关系,诸如二审程序、死刑复核、司法解释、审判经验的总结、业务指导等。原最高人民法院院长肖扬2007年10月

26日在第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《最高人民法院关于完善审判工作监督机制促进公正司法情况的报告》中提到,为强化上级法院对下级法院、二审对一审的监督功能,最高人民法院严格禁止下级法院就个案的事实认定和如何处理进行请示,确保诉讼当事人有效行使上诉权利,确保下级法院的审级独立和二审的审级监督功能。要求上级法院负责组织下级法院交流审判经验,帮助下级法院及时总结改判和发回重审案件的经验教训,提高一审案件审判质量。针对全国法院在审判实践中存在的普遍性问题,积极制定相应的司法解释,确保法律的统一适用。与此同时,充分发挥典型案例的指导作用,从中总结归纳形成法律适用的具体规则,指导下级法院准确适用法律。近两年来,已通过《最高人民法院公报》发布典型案例120多个。

以上都是最高法院和各地法院监督工作经验的总结,然而在现实中,这种“审判监督关系”是常常走样的,有时甚至异化成了上下级的“行政关系”,下级法院动辄请示、汇报、咨询,而上级法院也常常在下级法院法官审判案件时,作出批示、指示,甚至提前介入下级法院的审判活动,而下级法官也只能接受、服从。作为国家最高审判机关的最高人民法院本应模范地遵守国家的宪法和法律的规定,履行法律所赋予的基本职责,监督纠正审判监督关系“行政化”的倾向,充分保障各级法院依法履行职责,但事实上,最高法院的某些行为与法律的规定之间是有偏差的,至少在许霆案件的处理过程中,最高法院个别领导的言行是引发了争议的。

据报道,在“许霆案”发回广州中院重审、案件正处在证据调查等工作阶段时,作为最高人民法院副院长的姜兴长在出席全国人民代表大会期间,就许霆案件公开发表看法。“从我目前了解的情况来看,一审判处无期徒刑明显过重。”姜兴长还认为,这是一个特殊的盗窃案件,判处盗窃金融机构罪显然不合适。同时,他还表示,对于广州中院的判决,他比较赞成《刑法》第63条第2款规定,即在法定刑以下判处刑罚的案件,但必须经最高人民法院的核准。①

姜兴长的这一番话招致法学界和新闻界的许多批评。有评论认为,“明显”、“应该”、“显然”、“赞成”等,从姜兴长这一连串的语气中,与其说姜兴长是在纠正“错案”,不如说他在“越权”为这个案子定性。可想而知,既然最高人民法院的“权威”发话了,下面的法院还敢“独立”断案吗?姜兴长即便是最高人民法院的副院长,他也不能越俎代庖,通过媒体来干预、影响地方法院的审判独立和公正,更不能带有主观色彩地“预审”。

笔者认为,虽然姜兴长是以全国人大代表的身份发表上述言论的,有其正当依据,但是在这样的关键时刻发表如此明确的意见,有违审级独立和审判独立原则,显然不妥。看来,在面对社会热议、媒体聚焦的典型案件时,最高法院(包括领导)如何反应,

① 参见《新京报》2008年3月11日。

也是现代司法提出的又一新课题。

由此引发的另一个问题是，对于最高法院的权力特别是其领导人的言行又该如何监督？

四、如何应对媒体

当司法公正成为一种新的社会需求时，司法的每一个举动都会引起公共舆论的关注，特别是那些争议大、影响广的案件，尤其成为新闻媒体追逐的焦点。在新闻媒体面前，如何约束自己的言行，选择正确的应对方式，同样是最高法院及其相关的领导、部门所应该高度重视的。

如果在当前这种泛行政化的背景中，基于政治敏感或者迫于强烈的舆论压力，贸然发表意见，尽管这些意见本身是正确的，但是如果这些意见发表的场合或者时机不对，或者其发言人的身份特殊，其产生的效果就会是负面的。在许霆案件中，这样的教训不是没有；当然，也不缺少可取的经验。同样是最高法院的领导，最高人民法院副院长、全国政协委员万鄂湘和最高人民法院二级大法官黄尔梅的应对就是得体的。

万鄂湘在"两会"期间参加民革小组讨论"两院报告"时接受记者采访，他认为："许霆案目前还在一审阶段，该案目前没有上报给最高人民法院，作为上级法院不会干预下级法院的审判。"对于有关许霆案的所有问题，他回答说："终审完了之后我们才可能知道，现在终审结果都不知道，涉及什么问题我们现在也不清楚，这个案子现在还在一审阶段，不可能由上级法院干预下级法院的审判，一切等一审法院判决之后、当事人上诉了再说。"他还表示，欢迎媒体监督，但对具体案件不发表意见。①

又如黄尔梅在做客由最高人民法院新闻办、中国法院网、人民网、中国平安网、新华网、中国普法网、法制网等新闻网站联合举办的"两会"系列访谈时表示，媒体对"许霆案"争论得非常激烈，100 个人有 50 种观点，希望公众耐心等待，尊重法院的判决。黄尔梅说，关于许霆案件，媒体上争论得非常激烈。大家都根据各自的生活阅历、经验以及专业知识提出了许多观点，其中不乏很有见地的观点。从个案的讨论中可以看到广大群众法律意识在提高，对法院的工作也给予了极大的关注，大家的讨论也引起了她的极大兴趣。黄尔梅指出，作为一个法官，对任何一个案子发表意见都是非常慎重的。而且，对一个案子提出判断意见是要有程序的。首先要阅卷，通过开庭听控辩双方的意见，进行举证质证。她表示，对于许霆案，100 个人可能有 50 种观点。50 种观点说明大家看法非常不一致，这个案子最后总要有一个最终的意见，最终的意见还得由法院的判决来决定。现在正在广州中级法院进行一审，还没有宣判，希望大家给广州市中级法院一些时间，让他们去研究，也希望大家能耐心等待，相信法院能够

---

① 参见 news. xinhuanet. com/legal/2008-03/11/conte，访问时间：2008 年 3 月 11 日。

公正审理这个案子。最终都是由法院来决定这个案子,大家还是应该尊重法院的判决。①

五、结论

许霆案件很快就会成为过去,所以我们不想拘泥于案件的细节。检视许霆案件中最高法院的作为,不是想引火来烧最高法院,而是期望最高法院在法治国家的建设中发挥更大的作用。我们应该认真关注的,是在日新月异的社会变革面前,在宽严相济的刑事政策语境下,法的安定性(依法、守法)与正义(人民群众的感受)、合目的性(政策)之间的关系,是立法与司法、法律与政策的关系,是最高法院的地位、作用与权威的问题。

曾经担任美国最高法院首席大法官的马歇尔有过这样一段经典论述:

> 人民组织政府,赋予各机关以不同的权能,并禁止各机关逾越其权能……立法机关的权能也明文加以限制,从而使人民不忘权力都要受到限制,且不至于对限制范畴产生错误,于是便制定了成文宪法。但是如果国家机关的权能受到限制,却又能破坏此种限制,则限制的目的何在?而将这些限制规定在宪法中又有什么意义呢?假如这些限制不能拘束国家机关,则国家机关的行为不管宪法是禁止还是允许的,均一概有效,则立宪与专制又有什么区别呢?②

处在法治国家建设进程中的最高法院,应当经常思考马歇尔的这段话,并由此寻求最高法院在法治建设中的正确定位,究竟应该以司法为主,还是以政策指导为主?最高法院的司法解释是出政策、出新法,还是对既有法律规定的解释?在司法的价值取向上,是舍弃法的安定性而追求正义、追求合目的性,以迎合群众的需求,还是将维持法的安定性作为第一目标,而将追求正义和良法之治作为最高宗旨?

许霆案件的曲折历程以及最高法院在其中的作为,反映了变革时期法律与政策、实在法与良法之间的复杂关系。这些关系如果处理不当,会带来很多的问题。例如在追求良法之治的过程中,应该特别慎重地等待实在法,正确地处理法律调整与政策调整的关系;如果为了追求良法之治而频繁地动用政策干预手段,以政策代替法律,那会损害人民大众对于法律的信赖、信仰,而这种信赖、信仰恰恰是法治赖以建立的基础。

努力建设公正、高效、权威的社会主义司法制度是改革的重要组成部分。在司法

---

① 参见《南方都市报》2008 年 4 月 1 日。

② 在美国 1803 年的马伯里诉麦迪逊(Marbury v. Madison)案中,联邦最高法院院长马歇尔(John Marshall)说了这样一段话。Marbury v. Madison, 1 Cranch 137(1803),转自王利明:《试论司法审查制度》,载 paper_list. asp? id = 21810。

改革的过程中，最高法院也应该通过切实有效的工作来树立公正、高效、权威的新形象，为此须重新认识并处理好最高法院与立法机关、行政机关、公安检察机关的关系，正确地处理好与下级法院的关系，将主要精力用在政策指导和宏观调控上，用在为立法修改完善提供经验积累和具体建议上，而尽可能地少插手或者干预下级法院对具体案件的审理。

关于修改《刑法》第13条、第61条的议案

陈忠林*

案由:刑法中酌定情节法定化

案据:刑法中的酌定情节是指法律没有具体规定的犯罪的动机、手段、环境、条件、对象、时间、损害后果、犯罪人的一贯表现和犯罪后的认罪态度等影响犯罪行为社会危害及其程度的事实。

这些事实不仅在一般情况下可能影响刑罚的轻重(《刑法》第61条规定)、刑罚的有无(《刑法》第37条规定),在一定的情况下甚至能对一个行为是否构成犯罪产生决定性影响(《刑法》第13条规定)。由于上述酌定情节在法律中没有明文规定,在司法实践中就出现了是否考虑这些情节,即在处理具备这些酌定情节的犯罪时,刑罚的轻重、有无,甚至是否构成犯罪都可能完全取决于司法人员个人意志的情况。这种情况的存在,严重影响了司法的公正,破坏了法治的统一,不利于维护司法机关在人民群众中的威信。同时也为少数司法人员办关系案、人情案,甚至滋生腐败提供了可能的土壤,严重违背了《刑法》第3条、第4条、第5条规定的罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪刑相适应原则。

修改方案:

为了改变上述情况,特建议对刑法作如下修正:

一、在《刑法》第13条中增加一款,具体内容为:

主观上出于有利于社会的动机,客观上产生有利于社会的结果,并且没有造成任何实际损害的行为,即使在形式上违反了法律的规定,不认为是犯罪。

典型案例:某贫困山区村干部在领导群众修公路的过程中,为节约资金,经村委会研究决定用群众集资修路的1万多元钱买原料制造全部用于修路的炸药。在制造炸药和使用炸药的过程中,没有发生任何人身伤亡,但是,却被判了10年有期徒刑。全国类似案件,近10万件。尽管有很多已按最高人民法院后来所作的司法解释纠正,但已经造成极端恶劣的影响。

二、在《刑法》第61条中增加两款,具体内容为:

---

* 重庆大学法学院院长、教授。

前款中所说的犯罪情节，包括犯罪的动机、手段、环境、条件、对象、时间、损害后果、犯罪人的一贯表现和犯罪后的认罪态度等所有影响行为社会危害及其程度的事实。

因对非法行为的义愤而实施犯罪，或者案发前已经主动弥补了犯罪所造成全部损害的，应当减轻或者免除处罚；案发后真诚悔悟并积极补偿而得到被害人谅解的，可以从轻、减轻或者免除处罚。

典型案例：被告人许霆按正常程序误多输入一个0后，银行的ATM机即输出了比其存折全部存款还多的1000元。许霆利用ATM机的这个缺陷，后来又在同一ATM机上取款17万余元并教唆他人使用。该案一审被定性为盗窃金融机构数额巨大，由于现行刑法中没有关于酌定情节也可以减轻处罚的明文规定，法院即根据《刑法》第264条关于“盗窃金融机构，数额特别巨大的”，“处无期徒刑或者死刑”的规定，判处许霆无期徒刑。这个结果在全国引起一片质疑之声。

附：相关刑法条文（粗体字为增加部分）

刑法第十三条 一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

主观上出于有利于社会的动机，客观上产生有利于社会的结果，并且没有造成任何实际损害的行为，即使在形式上违反了法律的规定，不认为是犯罪。

第六十一条 对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。

前款中所说的犯罪情节，包括犯罪的动机、手段、环境、条件、对象、时间、损害后果、犯罪人的一贯表现和犯罪后的认罪态度等所有影响行为社会危害程度的事实。

因对非法行为的义愤而实施犯罪，或者案发前已经主动弥补了犯罪所造成全部损害的，应当减轻或者免除处罚；案发后真诚悔悟并积极补偿而得到被害人谅解的，可以从轻、减轻或者免除处罚。

许霆案的刑事政策分析

卢勤忠*

许霆案随着2008年8月20日最高人民法院核准裁定的作出而尘埃落定。从我国刑事法治建设的视角看，许霆案无疑具有很强的代表性和标志性意义，其带给我们的启示也是多方面的。本文试从刑事政策的角度略作分析。

一、刑事政策对刑事司法的影响

刑事司法受刑事政策的影响是深刻的。刑事政策指导影响着刑事司法，并决定着刑事司法的基本价值取向。刑事司法也应很好地回应、体现和贯彻刑事政策的要求。

（一）刑事政策对刑事司法有直接的指导作用

"刑事政策指导刑事立法、司法，刑事立法、司法体现刑事政策，反过来又影响着刑事政策。"①在我国刑事司法实践中，虽然有刑法、刑事诉讼法等作为办案的依据，但是在具体的司法活动中，刑事政策依然发挥着重要的指导作用。法律规定了犯罪构成和刑罚制度，规定了追究犯罪的程序，但是刑事司法如何运用好这些法律，使得法律惩治犯罪、预防犯罪的功能收到预期效果，则需要刑事政策根据社会形势进行调节。基于社会形势的发展变化，不同社会发展阶段的刑事政策可能会对同一法律条文的含义作出不同的理解和解释，从而影响刑事司法。而且，在社会政治、经济、文化等形势发生变化的情况下，刑事政策对某一类或某几类犯罪评价的严厉程度也会相应发生变化，进而影响到刑事司法对这些犯罪的社会危害程度的评价以及对其处罚的轻重。

刑事政策的这一指导作用直接影响到刑事司法实践的各个诉讼阶段。在能否立案问题上，刑事诉讼法规定的条件是认为有犯罪事实需要追究刑事责任，而我国刑法规定"情节显著轻微，危害不大的，不认为是犯罪"。这样，因不同时期的刑事政策所确定的打击倾向和重点不同，对案件"是否是犯罪"和"是否需要追究刑事责任"的判断结果就可能不同，这就直接决定了案件能否进入刑事诉讼轨道。刑事政策对侦查也起着指导作用，在法律规定的限度内，刑事政策影响着侦查行为、强制措施的选择适用。如

---

* 华东政法大学教授、法学博士，《华东政法大学学报》副主编。

① 谢望原、卢建平等：《中国刑事政策研究》，中国人民大学出版社2006年版，第39页。

在“依法从重”政策的指导下,对属于三类“严打”案件中的犯罪嫌疑人予以逮捕羁押是相当普遍的,一般不适用非羁押的取保候审、监视居住等强制措施。而对于其他的一般犯罪,更多地适用取保候审等措施,尽量减少羁押。在决定是否起诉的问题上,刑事政策起着更为明显的指导作用,刑事诉讼法中规定对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的案件,检察院可以不起诉,即检察院享有起诉或不起诉的裁量酌定权。到底什么样的案件、什么样的犯罪嫌疑人,检察院可以决定不起诉,很多的时候都是根据同时期的刑事政策作出判断的。在审判阶段,刑事政策对刑事司法的指导作用得以全面体现。如我国法律不仅规定了各个犯罪的构成条件和法定的从严、从宽处罚情节,还规定有酌定的量刑情节。在实践中,同一个被告人可能同时具有法定和酌定量刑情节,也可能同时具有从严处罚和从宽处罚情节,如何对此予以综合考虑并合理量刑,并从改造犯罪、预防犯罪的目的出发,实现一般预防和特别预防,都需要刑事政策的指导。① 正如我国台湾学者林纪东所指出的:

> 刑法之定罪论刑,本身不是目的,而只是达到一定目的——防卫社会,预防犯罪的手段,即是一种政策的作用,刑事政策,也就是为刑法定罪科刑基础的政策。所以,刑法之制定与运用,罪刑之确定与执行,都应以刑事政策的观点出发,以是否合于刑事政策的要求为指归,不合于刑事政策的立法,是不良的立法,离开刑事政策的裁判和执行,也必定是不良的裁判和执行。②

(二)刑事政策决定刑事司法的基本价值取向

刑事司法是国家运用刑事法律打击犯罪、保护国家和公民利益的活动,是为完成刑法和刑事诉讼法的任务而进行的。从宏观上讲,惩治犯罪与保护公民权益这两方面的任务是统一的,刑事司法活动必须既准确打击犯罪,又同时保障公民的合法权益。但是在某个特定的历史时期,由于社会形势、时代背景、思想观念等因素的影响,国家刑事司法可能会采取偏重于其中某一方面的刑事政策,这一偏重便体现在具体的刑事司法活动中。1979 年颁布的新中国第一部《刑法》和《刑事诉讼法》,是刑事司法活动的基本依据。但在制定时,由于国家的各项制度和社会秩序还处于“十年动乱”后的恢复时期,政治上正在拨乱反正,正本清源;经济上正在谋求改革,对体制、结构等许多方面的问题还未认识到位;社会上的不安定因素依然很多,治安状况差的局面需要迅速扭转等。因此虽然明确规定“两法”的任务是打击犯罪和保护人民并举,但实际上仍是将它们作为“打击敌人”的强有力工具来施行的,其基本价值取向就是控制犯罪、打击犯罪、维护社会秩序。在这一总的刑事政策思想的指导下,刑事司法制度的设计就明

---

① 参见陈卫东、石献智:《刑事政策在刑事司法中的地位和作用》,载 http://www.51papers.com/lw/23/wz31766.htm,访问时间:2008 年 7 月 10 日。

② 林纪东:《刑事政策学》,台北中正书局 1969 年第 4 版,第 9 页。

显地表现为国家至上,权力至上,被追究刑事责任者的权利则被置于无足轻重的地位,如刑法中规定有类推制度、被告人的辩护权极为弱小等。而且在1983年开始第一次"严打"后,立法机关更是在严厉打击犯罪的刑事政策思想指导下,迅速对《刑事诉讼法》进行了修正,将被告人本来就十分弱小的权利进一步予以限制,如对某些可能判处死刑的被告人,可以不遵守在7日内向被告人送达起诉书副本以及各项传票、通知书送达期限的规定,上诉期限由10日缩短为3日等。① 同时也通过修改法院组织法的方法,将某些案件的死刑核准权交由一些高级人民法院行使,使刑事诉讼法明确规定应由最高人民法院行使死刑核准权的规定成为一纸空文。

此外,在司法实践活动中同样也体现出刑事政策对刑事司法的基本价值导向作用。具体的刑事司法活动本应严格依据法律进行,既惩治犯罪,又保护公民权益,然而,在"重在控制、打击犯罪"刑事政策的影响下,司法实践中总会出现司法机关注重"打击"有余,但忽略或限制犯罪嫌疑人、被告人的权利的价值取向。一些案件因事实不清、证据不足而迟迟无法定案,在"不能放纵罪犯"刑事政策的指导下,只好将案件"挂"起来,涉案人员在未被法院定罪判刑的情况下即遭长期羁押。由此我们可以看到,刑事政策不仅对有关刑事司法方面的立法起着价值导向作用,而且对具体司法活动的导向作用也极为明显,它能在很大程度上决定着刑事司法的前进方向。

二、许霆案的改判在某种程度上是司法机关过分考虑民意的结果

(一)民意是制定刑事政策的因素之一

刑事政策是"国家机关(国家和地方共同体)通过预防犯罪、缓和犯罪被害人及社会一般人对于犯罪的愤慨,从而实现维持社会秩序的目的的一切措施政策,包括立法、司法及行政方面的对策。"②是"社会整体据以组织对犯罪现象的反应的方法的总和,因而是不同社会控制形式的理论和实践。"③刑事政策的制定应当考虑的一个因素是当前的民众心理基础,顺应民意的刑事政策能够得到良好的施行,不具备民意基础的刑事政策就算强制推行也只能差强人意。④ 因此,刑事政策在制定和执行时,不能不考虑"犯罪被害人及社会一般人对于犯罪的愤慨"和"社会整体"中公众的特定诉求和相关反应以及"民众心理基础",不能不考虑民意。而实际上,在刑事政策的运行过程中,我们可以发现,民意对刑事政策的影响是巨大的。

---

① 参见1983年9月2日全国人大常委会通过的《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》。

② 〔日〕大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第3页。

③ 〔法〕米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第1页。

④ 参见谢望原、张雅:《商业贿赂犯罪刑事政策研究》,载谢望原、肖中华、吴大华主编:《中国刑事政策报告》(第三辑),中国法制出版社2008年版,第495页。

民意是刑事政策制定者在制定刑事政策时必须加以考虑的一个因素。例如，美国自20世纪80年代以来，死刑适用有增多之势，这与美国公众对死刑的支持率日增不无关系，正如美国一位叫罗宾斯的刑法学教授所指出："目前的气氛几乎倾向于大规模执行死刑。"[①]在日本，也把公众的支持作为保留死刑的理由之一。20世纪60年代所做的舆论调查显示，日本71%的民众支持保留死刑；到了80年代，仍有66.5%的民众主张保持死刑。这也成为目前日本仍保留死刑的重要原因之一。对此，日本学者认为，在死刑存废的问题上，"以国民感情为根据，强调废除死刑尚操之过急的观点已日渐有力。"同时，"国民的一般法律信念中，只要对于一定的穷凶极恶的犯人应当科处死刑的观念还存在，在刑事政策上便必须对其予以重视。现代死刑的刑事政策上的意义，恰好就在于此，因为，有关死刑存废的问题，应根据该社会中的国民的一般感觉或法律信念来论。"[②]在我国，民意也一直是刑事政策制定的重要参考指标。在建国初期《关于处理女犯、少年犯、老年犯及病残犯的指示》中，在对部分老年犯、女犯及残疾犯是否取保释放的若干条件中，都有"经群众同意"一条；另外，在当时的镇压反革命运动中，最高领导人也明确要求："判处死刑一般需经过群众"[③]；在1981年中共中央的21号文件指出："目前群众意见最大，认为我们打击不力的，就是这百分之六十左右的重大、恶性案件的首要分子，我们要依法从重从快打击的，也就是这些人。"邓小平同志在1983年"严打"前与公安部的负责人的谈话中说："刑事案件、恶性案件大幅度增加，这种情况很不得人心。"彭真同志在一次谈话中也谈到："群众对当前的严重情况早就不能容忍了，可是我们的工作却迟迟没有跟上。"2001年全国社会治安工作会议在部署新一轮"严打"斗争时，也称"这是广大人民群众的强烈愿望。"[④]民意还在很大程度上促成了我国刑事政策的不断调整。例如，在20世纪80年代末到90年代初，针对在国内一些地区的交通干线上重特大抢劫案件屡屡发生，民众反应极其强烈的状况，全国公安机关相继开展了一系列"打击车匪路霸专项行动"；近年来，针对互联网络中淫秽色情网站大量存在，"社会各界和广大人民群众对此反映强烈"的民意，包括最高人民法院、最高人民检察院、公安部等在内的国家专业力量开展了"打击淫秽色情网站专项行动"。[⑤] 这些活动都说明了民意对于我国刑事政策起着重要的作用。

但刑事政策的制订在考虑民意的同时，必须注意与法律的关系。刑事司法在受刑事政策指导、关注民意因素时，也只能在法律的范围内加以灵活处理，绝不能突破法律规定，越权司法。因此，刑事政策考虑民意因素不能违背法律，不能违反法律的基本原

① 转引自杨春洗主编：《刑事政策论》，北京大学出版社1994年版，第421页。
② 〔日〕大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社2000年版，第111—113页。
③ 莫晓宇：《民意的刑事政策分析：一种双向考量后的扬弃》，载《甘肃政法学院学报》2007年第5期。
④ 刘仁文：《刑事政策初步》，中国人民公安大学出版社2004年版，第184页。
⑤ 莫晓宇：《民意的刑事政策分析：一种双向考量后的扬弃》，载《甘肃政法学院学报》2007年第5期。

则,否则会破坏整个国家的法治建设。

(二)许霆案的改判不应该受民意的影响

许霆案由一审原审判处无期徒刑到重审改判为5年有期徒刑,减轻幅度相当之大。如果说原审确实存在事实不清或证据不足问题,发回重审,由重审法官通过查清事实和证据后加以改判,无可厚非。但这种改判应该是立足于法律基础之上的,而不应该基于民意和舆论的左右和影响。笔者认为,许霆案的改判,存在的问题固然是由于减轻幅度过大,但更主要的问题是,司法受到了民意与舆论的干扰与影响。有人曾言,“从去年12月许霆因恶意取款被判处无期徒刑以来国内媒体给予高度关注和广泛讨论,舆论监督起到很大作用,重审判决本身说明了问题,这个也是媒体的力量,舆论监督的力量。”①笔者认为,许霆案与其他侵占或盗窃案相比,本身特别之处还不应该达到如前时期舆论所关注的程度,之所以会受社会如此热议,成为关注的焦点,其实只是长期以来多种因素积累的导火索,或者说是,一种民意的“爆发”。而所谓的“民意”的爆发,其实是对公民盗窃十几万元(而且是在被害人存在明显过错,甚至这一过错有某种诱惑因素的前提下)重判无期与官员非法贪污受贿动辄数百万元却往往被轻判的所谓“窃钩者诛,窃国者诸侯”的罪刑不均衡现象以及法律对金融机构的过度保护和对私有财产保护偏轻所形成的反差而激起的民众不满和愤懑的集中体现。面对民意,面对广泛的批评和质疑,审理许霆案的重审法官最终通过积极寻找“公正判决”的法律可能性和理由后,进行了改判,这种做法,从肯定方面说,是我们的司法体现了实事求是、有错必纠的精神,上级法院真正起到了对下级法院的审判监督功能。但从另一方面说,我们也可以认为,在强大的民意与舆论面前,我们的法官似乎过于屈从了民意和舆论,而少了司法的独立性。法官司法究竟是根据事实和法律的规定来办案,还是必须得反映或体现民意是值得思考的问题。或者说,我们的法官是以法律来作为办案的主要依据,还是应以民意的反映来作为司法的主要根据。在司法特别是刑事司法中,我们是否应该贯彻“以群众满意不满意”来作为司法公正的准则?笔者认为,严格依法办事,不受舆论影响应该是法官办案的基本准则。只要真正做到了依法办事,就是群众最为注意的。否则,违背法律规定而屈从所谓的“民意”,并不是我们广大群众最为满意的答案。公正有一般公正和个案公正之分,在体现个案公正中,可以根据法律精神和原则作出一定变通处理,但这并非表示可以突破法律规定。个案公正仍是在符合法律规定前提下的公正。否则,某一个案似乎体现了公正,但个案与个案就会存在失衡,一般公正就难以实现了。如云南的“许霆”——何鹏却因为没有引发舆论的热议,没有引起全社会的关注,无法得到民意的支持,法官的判决没有受到民意的影响,而被判处无期

① 李朝涛、张立璞:《专家称许霆案属特案特判》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-04/01/content_7894181_1.htm,访问时间:2008年7月9日。

徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的重刑（当然也与何鹏盗窃数额特别巨大有关）。正如有学者所言，考虑民意必须是在法律规定的大前提下，且不能超出法律规定的限度。如果裁量刑罚，并非依据法律和具体案情以及司法规律，而仅仅受舆论关注程度大小的左右，那么不论许霆案的改判是否实现了实质正义，都难称是司法甚至是法律的胜利，这对于法治社会的建设显然是无益的。① 司法判决理所当然不应屈从于公众的情感，这也是法治国家的理念之一。②

在司法实践中，我们特别应该慎重处理好司法与民意和舆论的关系。民意和舆论在一定程度上是必要的，它们可以起到监督司法公正，防止司法腐败的作用。但毕竟司法归司法，民意和舆论归民意和舆论。民意和舆论虽然可以监督司法，但绝对不能过度干预司法，妨害司法，以致破坏司法的独立性和公正性。即使在标榜民主与自由的西方法治国家，法院都会发出禁令禁止媒体对没有判决终结的案件进行谈论，目的是为了维护司法独立。而我国的法院审判时常受到媒体过度的干扰，有的当事人甚至凭借媒体优势、利用媒体力量去干预司法。在许霆案的审理中，内地的"媒体审判"、"舆论审判"大行其道，在一审判决过程中，社会舆论积极介入，并且几乎是毫无顾忌地传达各方的意见。从网络的评论看，一审法院判决后，对于许霆案以反对、质疑的意见居多数，从而将重审法官推上风口浪尖，严重影响了司法的独立性。

从诉讼原理看，司法是一种特殊的认知活动，法律真实不等于客观真实，司法推理也不同于生活中的经验判断。刑事案件审判是一项系统工作，刑事诉讼的全过程是利用证据证明事实真相的运作和认识过程，审判员根据各种证据确认一个事实，然后再根据这个事实判定被告人是否有罪；如果有罪，构成何种罪名。因此，从实际情形看，媒体、舆论所讨论的案件事实与法院依照法律认定的案件事实之间往往存在一定差异。众多的网民们在热议许霆是否构成犯罪、构成何种罪名时，往往只是基于媒体公布的所谓"事实"，然后发表意见或评论，这种意见或评论的事实依据是否可靠、充分令人怀疑。

司法判决有时的确需要考虑民意和舆论的因素，但不可屈从于民意和舆论。因为民意和舆论在一定情势下也容易受到外界因素的影响，表现出波动和不稳定的特征，有时甚至带有一定的随意性。在一个利益多元化的社会里，包括许霆案在内的大多数公众事件，民意和舆论难以达成共识。如果司法一味追随民意和舆论的变幻而反复无常，则法治、秩序将不复存在。尽管许霆案在事实上已成为一宗具有轰动效应的影响性诉讼，重审判决却只能依据事实和法律，而不能根据许霆案的影响及该案一审所招

---

① 参见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载 http://www.criminallawbnu.cn，访问时间：2008 年 7 月 9 日。

② 参见杨高峰：《从刘涌案看司法判决的社会公众认同》，载《学术研究》2004 年第 10 期。

致的批评确定刑期。[①] 司法判决应当独立于公共舆论。在一个法制健全的社会里，司法独立意味着法官独立审判的时候只能忠于法律和良心。法官不可以听命于任何权力，法官也不应当听从汹汹的舆论；法官要展现出自己的专业理性，这是在经过了长期的法律知识、判例和逻辑熏陶之后培养出来的职业理性。[②] 固然，许霆案作出这样的判决与我国法官的独立性不强，司法体系的公信力不够理想，审判者没有足够的自信坚守自己的判断等因素有关。然而，不可否认的是，这也与我国刑事司法政策中过分考虑民意的价值取向有关。

三、许霆案的判决是否恰当地贯彻了宽严相济的刑事政策

（一）宽严相济刑事政策的诠释

"宽严相济"的刑事政策，就是针对不同的犯罪和犯罪行为人，分别采取宽松和严厉两种不同的处罚措施、方针、策略。"宽严相济"就是要根据社会治安形势和犯罪分子的不同情况，坚持区别对待的策略思想，注重宽与严的有机统一。该严的严，当宽的宽，宽严互补，宽严有度，对严重犯罪依法从严打击，对轻微犯罪依法从宽处理，对严重犯罪中的从宽情节和轻微犯罪中的从严情节也要依法分别予以宽严体现，对犯罪的实体处理和适用诉讼程序都要体现宽严相济的精神。[③] 目前，学术界对宽严相济有多种表述，但内容上基本一致，最有代表性的是陈兴良教授的提法。他认为，宽严相济之"宽"，来自承办与宽大相结合的宽大，其确切含义应当是轻缓。刑罚的轻缓，可以分为两种情形：一是该轻而轻，二是该重而轻。该轻而轻，是罪刑均衡的应有之义，也合乎刑法公正的要求。对于那些较为轻微的犯罪，就应当处以较轻之刑。至于轻罪及其轻刑如何界定，则应根据犯罪的具体情况加以判断。该重而轻，是指所犯罪刑较重，但行为人具有坦白、自首或者立功等法定或者酌定情节的，法律上予以宽宥，在本应判处较重之刑的情况下判处较轻之刑。该重而轻，体现了刑法对于犯罪人的感化，对于鼓励犯罪分子悔过自新具有重要意义。宽严相济之"严"，是指严格和严厉，它与惩办与宽大相结合中的"惩办"一词相比，词义更为确切。宽严相济中的"严"，当然包括"严格"之意，即该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理，该受到刑罚处罚的一定要受到刑罚处理，这也就是司法上的犯罪化与刑罚化。与此同时，宽严相济之严还含有"严厉"之意，这里的"严厉"主要是指判处较重刑罚，当然是指该重而重，而不是指不该重而重，当然也不是指刑罚过重。同时，储槐植教授也指出，"严"为严肃、严格、严密之意。即应做到严肃执法、严格执法、严密执法等。宽严相济的"济"，指救济、协调与结合之意。

---

① 参见《许霆案改判 司法分歧未解》，载《新京报》2008 年 4 月 1 日第 A02 版。

② 参见许志永：《司法的归司法舆论的归舆论》，载 http://www.eeo.com.cn，访问时间：2008 年 7 月 10 日。

③ 参见 2006 年 12 月 28 日最高人民检察院第十届检察委员会第六十八次会议通过的《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》。

因此,宽严相济刑事政策不仅是指对于犯罪应当有宽有严,而且在宽与严之间还应当有一定的平衡,互相衔接,形成良性互动,以避免宽严皆误结果的发生。换言之,在宽严相济的刑事政策的语境中,既不能宽大无边,不能严厉过苛,也不能时宽时严,宽严失当。① 此外,赵秉志教授也指出,宽严相济之"济",蕴涵着结合、配合、补充、渗透、协调、统一、和谐之意。②

"宽严相济"的刑事政策的核心在于区别对待,要求具体情况具体分析,分别采取不同的刑罚措施。应当综合考虑犯罪的社会危害性(包括犯罪的客体、情节、手段、后果等)、犯罪人的主观恶性(包括犯罪的主观方面、事后态度、平时表现等)以及案件的社会影响等,根据不同时期、不同地区犯罪与社会治安的形势,具体情况具体分析,依法予以从宽或者从严处理。它不是"惩办与宽大相结合"刑事政策的简单重复,而是"惩办与宽大相结合"刑事政策在新的社会政治经济形势和治安形势下的科学发展。"惩办与宽大相结合"的刑事政策是"惩办"在先,"宽大"在后,体现了刑事立法和刑事司法在惩办基础上的宽大,而"宽严相济"的刑事政策是"宽"在先,"严"在后,强调宽严并用,宽严互补,该宽则宽,当严则严,宽严有度地预防和抗制不同的犯罪。③

(二)许霆案的判决在贯彻宽严相济刑事政策时存在一定的偏向

虽然说刑事政策指导并影响着刑事司法,但许霆案的判决是否恰当地贯彻了宽严相济的刑事政策则尚存疑问。

许霆案由一审原审判处无期徒刑到重审改判为 5 年有期徒刑,除了前述分析的民意对司法影响的因素外,还有其他一些因素。如许霆的盗窃犯意和取款行为是在自动柜员机出现异常的情况下发生的,与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,主观恶性相对较小。许霆是利用自动柜员机出现异常,使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项,与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻。这些因素的确符合宽严相济刑事政策的"宽"的事由,可以成为对许霆予以一定程度的从宽处罚的依据。然而,纵观许霆的整个作案过程及其作案后的行为,许霆的主观恶性明显,其行为具有社会危害性。许霆取款前查询过自己银行卡余额,明知自己卡内只有 170 余元,第一次取款 1 000 元后又查询了余额,在发现自动柜员机出现异常,能够超出余额取款且不能如实扣账的情况后,连续、主动 170 次指令取款,时间前后长达 3 个多小时,直至其账户余额仅剩 1.97 元为止。在此过程中,许霆两次把赃款拿回宿舍,再返回现场取款,共恶意占有银行资金达 173 826 元,取款的方式、次数、金额、持续的时间等客观事实均表明其

---

① 参见陈兴良主编:《宽严相济刑事政策研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 12—13 页。

② 参见赵秉志:《宽严相济刑事政策视野中的中国刑事司法》,载卢建平主编:《刑事政策评论》,中国方正出版社 2007 年版,第 145 页。

③ 参见邓文莉:《论我国实施"宽严相济"刑事政策的必要性及其路径》,载谢望原等主编:《中国刑事政策报告》(第三辑),中国法制出版 2008 年版,第 85 页。

主观上具有明显的恶性。其行为严重侵害了银行的财产所有权和金融机构的资金安全,具有较大的社会危害性。

笔者认为,一审原审法院对于许霆案作出了过于严厉的判决,而重审法官则矫枉过正,又存在过"宽"之偏向,从贯彻宽严相济的刑事政策上看,这两种做法都是值得反思的。

1. 原审法院的判决过于严厉。根据我国《刑法》第264条规定,盗窃金融机构财物,数额特别巨大的,可以判处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。许霆利用自动取款机的差错,取走巨额现金,属于秘密窃取的盗窃行为。自动取款机虽非银行金库,但也应理解为属于金融机构,根据最高人民法院的有关盗窃罪的司法解释,盗窃17万元,也应属于"数额特别巨大"。因此,单纯从《刑法》第264条规定看,一审法院量刑似乎并无不当。但本案却有一些特殊之处:一是自动取款机本身出现差错,是否属于不当得利存在较大争议。二是利用自动取款机出现差错取款与砸破自动取款机取款应否区别?三是盗窃自动取款机与盗窃金库等行为是否可一视同仁?四是金融机构本身存在过错时,对被告进行量刑时是否需要加以考虑?综合以上因素,笔者认为,一审法院不能单纯、机械地根据刑法分则条文关于盗窃罪的规定加以判决,而应结合刑法总则第63条第2款的规定,适用酌定减轻处罚情节。原审法院没有从贯彻宽严相济刑事政策的角度,适用《刑法》第63条第2款的规定,而只根据刑法分则第263条的规定对许霆判决无期徒刑,存在过于严厉的偏向。

2. 重审法官的改判过于宽大。从许霆盗窃金融机构且数额特别巨大,严重侵害了银行的财产所有权和金融机构的资金安全,具有较大的社会危害性等可以判断出许霆的行为绝对不属于较为轻微的犯罪,也就不应当处以较轻之刑。而重审对许霆判处5年有期徒刑,明显违背了罪刑均衡原则,不该轻而轻了。许霆并没有自首、立功等法定减轻处罚的情节,而且在盗窃后携款逃匿,案发后也没有退赃,并在庭审过程中辩称自己是在"替银行保管财产"。即使许霆具有酌定减轻处罚事由,也并非可以成为绝对的"该重而轻"的主要依据,也不可以由此就对许霆直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑,这样明显超越了刑法规定的量刑限度,明显过"宽"了。贯彻宽严相济的刑事政策必须要有"度"的限制,这个"度"就是法律。宽,不是法外施恩;严,不是法外加重。"宽"和"严"都必须严格依照法律,在法律范围内进行,不能超越刑法、刑事诉讼法以及其他相关法律规定的范围,必须坚持罪刑法定、罪责刑相适应、法律面前人人平等原则。宽要有节,严要有度,宽严合法,于法有据,罚当其罪,实现政策指导与严格执法的有机统一。否则就是违法办案,违背社会主义法治理念,也不符合宽严相济刑事政

策的宗旨。[①] 而且，对轻微犯罪、无被害人犯罪、偶犯、初犯、过失犯、未成年人犯等情形的“宽”并不是绝对的，对这些犯罪案件中主观恶性较深、客观行为较为恶劣的犯罪人，则应当适用“严格”的刑事政策，即对这些犯罪案件以“宽”为原则，“严”为例外，宽中有严。而罪与非罪的界限，必须依靠刑法，没有任何政策、方针可以修改、取消刑罚，这也应该是“宽”的底线。[②]

因此，许霆案虽然已经终审判决，尘埃落定，但它给我们的启示和反思是值得引起重视的。在以后的司法实践中，我们的法院该如何对待民意和舆论，该如何贯彻刑事司法政策，需要有一个明确认识，以免在下一个“许霆案”时重蹈覆辙。

---

① 参见陈国庆、石献智：《在检察工作中贯彻宽严相济刑事政策的若干问题》，载谢望原等主编：《中国刑事政策报告》（第三辑），中国法制出版 2008 年版，第 8 页。

② 参见梁景明：《“严格刑事政策”是“宽严相济”不能舍弃的一极》，载卢建平主编：《刑事政策评论》，中国方正出版社 2007 年版，第 92 页。

法律的失误与法官的失误

王学沛*

人们可以从很多不同的角度来思考许霆案所提出的各种问题，这正说明许霆案所处的法律环境存在很多问题。许霆案本身并不特殊，笔者相信相似的案件在全国一定出现过不少。但我们得承认，像许霆案这样在全国范围内引起如此大的轰动效应的确实绝无仅有。这种轰动效应在一定意义上是我们当前刑事法治环境弊端的集中暴露。

自1997年新刑法颁布以来，我国刑事法治在总体上有了较前20年的很大改善。但是，近十几年来，我国刑事法治在实体上没有多大的改进，而这十几年来恰恰是我国刑法理论界刑事法治观念大变革的时期。刑事法治的价值观念得到了极大的更新，刑法的公正、秩序、谦抑、保障人权的价值观深入人心，为理论界普遍接受。但这种观念的更新，对刑事立法与司法的影响却远远低于人们的预期。在刑事立法上，新刑法颁布十余年来，到目前为止，共颁布了六条修正案，但这六条修正案基本上都是对刑法典中没能及时反映出经济社会发展所带来的一些新的犯罪现象作出补充罪名的规定，而前述刑法价值观的更新基本没能反映出来。当然，刑法观念的更新要全部或者多数反映在刑事立法中，基本上只能采取全面修订刑法典的方式，而这需要假以时日。但刑法典修订的滞后性却在我们所处的社会剧烈变革时代表现得日益突出，它不会因我们强调刑法的相对稳定性而压抑刑法立法不适应社会变革现状的表现，以至于许霆案的出现对这种表现来了一个大爆发。

许霆案因引起社会广泛关注而最终改判为有期徒刑5年。众所周知，许霆案之所以引起广泛的社会关注，就在于“恶意取款”17.1万元而获无期徒刑。凭着朴素的公正观念，关心许霆案的公众几乎一边倒地认为“17.1万元 = 无期徒刑”是极大的不公正。这种一边倒的公正观念，给刑法学家们提出了十分尖锐的问题：是我们的刑事立法与刑事司法哪个环节出错了，还是社会公众的观念出错了？尽管有极个别的刑法学者和法官也认为公众的观念出了问题，但多数学者还是认识到现在需要对我们的刑事立法和刑事司法进行反思了。

从微观的角度来看，盗窃罪的立法，在许霆案的适用法律过程中尽显了其本身的

---

* 广东商学院法学院教授。

局限性。

《刑法》第264条规定:“盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。”

我们有理由提出以下疑问:刑法关于盗窃罪的规定并没有指明什么是盗窃,那么我们依据什么来界定盗窃的行为范围呢?有人认为,最高人民法院1998年作出的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中对盗窃罪作了界定:盗窃罪是指“以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为”。仔细分析可以发现,该条解释其实没有界定至少是没有全面界定盗窃罪的范围,用“秘密窃取”来界定“盗窃”,至少是不精确的。许霆案的争议中,也正是因为这一司法解释的不精确,才引起人们各有依据的不同观点。其实,盗窃罪是一个最传统的自然犯罪的罪名,它本身是不需要用法律的精准定义来规范其范围的。那么对盗窃罪的定罪标准就存在于两个方面:一是多数人也包括司法工作人员所具有的法律意识;二是国家刑事政策的需要。

从第一个方面的标准来看,司法工作人员的法律意识是由他们所受到的法律专业教育和司法工作经验所形成的,其优势在于专业和经验,但有时也正因为这种优势而容易受制于既有的陈规,并受到体制的约束。社会公众的法律意识主要来源于历史与自然传承的公正观念,虽然具有非专业性的局限,但常常反映出社会正义的最后底线。恰如许霆案,从无期徒刑到5年有期徒刑,如果不是社会公众的法律意识通过媒体而形成强大的社会正义呼声,仅靠司法体系内自我调整是不可能实现的。从司法工作人员的法律意识来看,许霆明知自己无权占有该银行多达17.1万元的金钱而故意(恶意)占有,且在银行不知道的情况下(即采取了秘密的方法)获得了该项金钱,这在经验上和既有规则(不是指法律而是指司法惯例)上都构成了盗窃罪。而在普通社会公众的法律意识中,尽管没有人认为许霆应该占有该项金钱,但多数人却认为许霆是在银行同意的情况下占有了该项金钱。尽管银行的同意是虚假同意,但却是完全符合形式要件的“同意”,银行基于电脑系统的错误作出的这种同意,是许霆能够占有该项金钱的根本条件,而许霆既没有强迫银行同意,也没有采取任何手段欺骗、引诱银行作出这种同意,仅仅是银行自己的错误才作出这种不是真实意思的同意。银行的这种错误应该只是银行与许霆之间的民事法律关系,不应该动用刑事法律来解决。社会公众的这种法律意识与传统的法律界的认识有较大的分歧,但也是朴素的社会公正观的反映,应当在我们的立法与司法中得到反应。

从第二个方面的标准来看,刑事政策是国家根据打击与预防犯罪的需要而在立法、司法及社会其他方面所采取的方针和策略。具体到盗窃罪来说,我国对盗窃罪立法上规定数额较大为条件,就是从刑事政策上人为缩小对盗窃行为的刑事打击范围的举动。而什么是数额较大,盗窃的定义是什么,盗窃的行为方式有哪些等问题,在立法上都没有规定,而这些问题又事关对盗窃罪的准确界定,这就需要明确刑事政策的立场,以刑事政策的灵活性来弥补刑事立法的不足。具体到许霆案中,在现有立法对许霆案所涉及的诸如是否是“秘密”、是否是“窃取”、是否是盗窃金融机构等问题没有很明确的规定的情况下,是否应该对许霆定罪在很大程度上就是由刑事政策来主导。这里讲的由刑事政策来主导,并不是说具体要为许霆案制定一项政策,也不是说要执行某一项具体的刑事政策,而是说,以打击与预防盗窃罪的需要来考量是否需要对许霆定罪。

这种形势政策的考量基于两点:一是已然行为是否一定要予以刑事制裁;二是未然行为有无通过刑事制裁予以预防的可能和必要。先看对许霆予以刑事制裁有无必要。如果从许霆主观上有非法(广义的,不是指犯罪)占有他人金钱的故意,而客观上又实际占有了他人的金钱达17.1万元的巨大数额,并在案发后不能归还,事实上造成了他人的财产损失这样的角度来看,应该说许霆的行为是有刑事可罚性的。但是我们不能忘了许霆案的一些特殊性,即许霆案并不是典型的盗窃行为,它在行为表现方式上有很大的特殊性。在以银行错误为基础的这样一个特殊的“盗窃”案中,我们看到银行因自己的错误而与许霆产生了一个特殊的民事法律关系,即不当得利。按照民事法律关系,解决不当得利的方式是返还,所以本案在民事法律关系上是有现成而成熟的解决途径的。那么,在这种民事法律关系有现成而成熟的解决途径时,刑事方式的介入就是多余的,不仅是多余的,而且是有害的,因为它破坏了民事法律与刑事法律的一般界限,是一种刑事法律对民事法律的“侵占”。有人说,当民事法律解决不了时,就有理由动用刑事法律。这一论断无疑是正确的,这正是刑事法律与民事法律关系的根基,也是两者的分界点。但如果说许霆案是民事法律解决不了的则是极大的误解。我们所说的解决不了,是指法律关系的性质所包含的解决该关系的基本法律手段不可适用。例如,杀人行为,所产生的行为者与国家之间的损害他人生命权的法律关系已经不能用民事的法律解决方式,例如赔偿损失的方式来解决,而只能用刑事法律的方式来解决。我们绝不能理解为,因为许霆携款潜逃,所以民事法律解决方式已经不可能了,只能动用刑事法律的解决方式了。我们说刑事法律与民事法律的分界点不是个案的处理过程,而只能是该法律关系所具有的内在属性,否则,现在已经进入民事法律程序的很多案件,最终都可能动用刑事法律手段来解决。从刑事政策的角度考虑,对于一个侵犯财产的案件,如果该案件本身具有典型的民事法律关系特性,则应该留给民事法律去解决,许霆案正是这样一种性质的案件。所以我们的第一个结论就是:从许

霆是否应受刑事处罚上看,如果刑事政策侧重于报应,则会得出肯定的答案,而如果侧重于理性和正义,则会得出否定的答案。

再从刑事政策的预防效果来看,刑事政策侧重于对未来可能发生的犯罪行为的预防。因此,从刑事政策的角度来考量是否需要对许霆予以刑事处罚,则需要考虑许霆这类案件今后出现的可能性有多大以及是否需要用刑事手段来预防。

不可否认,在许霆案中银行自动柜员机的错误在今后仍然是难以绝对避免的,因而也不可否认类似于许霆案的案件也有发生的可能。但这并不能得出应当用刑事手段来预防类似案件发生的结论。首先是这种可能性虽然存在,但出现的几率非常小,而且在银行柜员机出错的情况下,面对这种错误的人会作出何种选择又是不确定的,如果多数人会选择利用这种错误多拿钱,那法律就应当考虑自己这种国家意志是否真正是多数人的意志了;如果只有少数人会选择多拿钱,那就要考虑在柜员机出错几率非常小的情况下再乘上少数人的选择,其到底有多大需要动用刑事手段的必要性。其次,银行柜员机出错的方向可能是双向的,也就是说,既可能出现许霆案中的错误,也可能出现损害储户利益的错误,在后者的情况下,也不排除银行有不能检查出这种错误因而拒不给储户以纠正的情况,同时也还可能存在银行内部的员工利用系统的这种错误而占有储户的利益,致使银行系统无法发现并纠正这种错误的可能性。在上述的这些情况下,我们是否应该考虑动用刑事手段呢?这里的答案恐怕会是高度一致的否定。如果这种高度一致的否定确实具有公认的合理性,为什么又会对相同性质而方向相反的错误采取截然不同的法律手段来解决呢?难道就因为银行姓"公"吗?这一理由显然不能成立,但事实上这一显然不能成立的理由却支配着我们的立法与司法理念。下面将专门讨论这一问题。我们在这里得出的第二个结论就是:对许霆适用刑事制裁对于预防以后类似行为既无必要也不公正。

尽管对盗窃罪不需要以定义的方式来规范其范围,但现行刑法中关于盗窃罪的规定确实有一些缺陷。如果说许霆是否构成盗窃罪是一个认识问题的话,而首次一审对许霆处以无期徒刑则在一定程度上说是一个立法缺陷的问题。笔者以为,盗窃罪的立法缺陷通过许霆案表现出来的主要有两点:

第一,单独把金融机构作为特殊的盗窃对象列出来,并且在数额特别巨大的标准上规定了近乎绝对确定的法定刑。金融机构以其何种特殊性而能荣幸地成为盗窃罪的特别对象呢?如果是以其在国民经济中的地位来定,可能重要性不亚于金融业的行业比比皆是。比如电力,我们可以至少一个星期不与银行打交道,但一天也离不开电力行业,不仅是个人,火车、飞机和所有的生产包括金融机构更是一刻也离不开电力行业。如果不是按行业的重要性,那就是按金融机构的易被侵犯性。毕竟,金融机构通常都存放大量现金,而现金是最易被侵犯的。这似乎是最好的解释。但细想之下,也觉得不尽然。从实际发生的犯罪类型来看,公民口袋里的钱包受犯罪侵犯的不知要比

银行或其他金融机构高出几百万倍。如果说公民个人钱包里的钱通常要远远少于金融机构里的钱,两者不可同日而语,那么停在街上的那些名牌轿车,其价值恐怕比多数金融机构里存放的现金都要高吧(在全国众多的银行储蓄所里大多数的现金存放量不会超过100万元,而很多豪华轿车的价值都在100万元以上)?而这些轿车受盗窃罪侵犯的实际情况要远远高于金融机构。因此,金融机构易受盗窃罪侵犯也不能成其为理由。还有一个人们不太容易想得到的理由,那就是在1997年新刑法颁布时,金融机构基本上都是国有的,在当时,股份制银行虽然已经出现,但不占银行的主流。银行业的大规模股份制改造是新刑法颁布之后的事情。

《刑法》第2条规定的刑法的任务中对财产的保护是这样规定的:"保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产",这一规定把《刑法》注重保护国有财产或者说公有财产的意思表露无遗。换句话说,刑法的立法观念中公私的概念是鲜明的。无疑,与计划经济相适用的社会主义公共财产神圣不可侵犯的观念在1997的新《刑法》中仍然得以贯彻。直到2004年,宪法才把保护私人财产权确立下来,至此才彻底宣告了社会主义公共财产神圣不可侵犯观念的终结(当然不是说公共财产可以侵犯,而是说财产不论公私,一律平等保护,没有谁的财产是特别的"神圣")。既然1997年的新《刑法》贯彻了公共财产神圣不可侵犯的观念,其在分则各条的规定中就难免不体现这种观念,于是盗窃罪中的金融机构就得以享受到特别保护的待遇。除上述三条理由外,笔者实在想不出还有什么别的理由可以让金融机构得到刑法的特殊保护待遇。也许立法时上述理由都有考虑,但时至今日,可以说这些理由一条都站不住脚。刑法虽有六个修正案,目前全国人大又正在讨论刑法第七修正案,但又都未对这一明显不当或者说过时的规定作出修改。也许是修正案的使命决定的,但我们也期盼着刑法对此的修改。

第二,对盗窃金融机构数额特别巨大的规定最低刑罚为无期徒刑。我们注意到,所谓数额特别巨大的标准是由最高人们法院在关于盗窃罪适用法律的解释中确定的,而该标准的确定却没有像刑法典那样对盗窃金融机构和盗窃其他的对象作区分,如果立法时以盗窃金融机构比较容易造成数额特别巨大的后果为区分金融机构和其他盗窃对象的理由,那么最高人民法院在解释中确定盗窃罪的数额标准时理应也对金融机构和其他盗窃对象作区分,但事实上解释中是没有区分的。因此我们有理由认为最高人民法院的解释是不够精准的。在这一解释范围内的盗窃金融机构的许霆,尽管所涉及的金额为17.1万元,自然也只能落得无期徒刑的结果。我们还要进一步追问,盗窃罪数额特别巨大的标准确定为10万元,符合这一标准的至少应处10年以上有期徒刑,确定这一标准的依据是什么呢?如果这一标准参照了制定时的经济发展水平,具体说比如人均年收入,或当时的全国平均最低工资等,那人们自然要问:难道这一标准可以10年甚至更长时间不变吗?就算是确定这一标准时考虑了一定的余地,但既然是以一

定的经济因素特别是经济指标为基础,那十几年经济的高速发展还不能够促使这一标准发生变化吗?还有一个要追问的问题是,盗窃金融机构10多万元与盗窃其他对象10多万元的社会危害性有什么差别呢?如果不能从立法理由上给予充分的说明,或者由法官在判决中予以充分的说理,那么,对盗窃金融机构和其他对象相同金额的金钱而要分别处以不同的刑罚就是极为不公正的,也会导致对以公正为自身标签的刑法价值的自我否定。造成这一困惑的根本原因正是源于《刑法》第264条把金融机构单列为特殊的盗窃对象。

许霆案在司法过程中也反映出当前我国刑法司法中存在的一些问题。很多人不承认许霆案的司法过程有问题。持这种观点的人多数是司法工作人员,但也包括少数学者。他们认为即使在第一次一审中法官也没有任何错误,其理由不仅在于法官已经选择了法定的最轻刑罚,而且更在于《刑法》第63条所指引的减轻处罚途径是赋予法官自由裁量的权利,法官既然选择了不适用《刑法》第63条,我们就应当认可法官的选择,从而基于宪法规定的司法独立的法治精神,我们就不应对法官的选择说三道四。

许霆案在司法过程中究竟有没有可供人评说的错误呢?笔者认为是有的,笔者把这些错误称为法官的失误。并且认为评说法官在司法过程中的失误,并不会损害司法独立的精神,因为这种评说多是在事后,哪怕是在一审判决之后,也是一种事后评说,不会影响法官的独立思考。更何况宪法规定的言论自由是比司法独立更为重要(如果非要比谁更为重要的话)的一项法治原则。

法官的失误之一:公正观的缺失。正如前面所提到的,许霆以非法取得银行17.1万元的行为换取了无期徒刑的结果,这一一审的判决立即引起了全社会的高度关注。通过媒体反映出的,绝大多数公民和学者都认为这个判决是不公正的。我们要问的问题是,作出一审判决的法官们是否想到过这个判决的公正性?也许他们也认为处以无期徒刑过重,但又认为刑法就是这样规定的,他们已经选择了最轻的刑罚。至于《刑法》第63条规定的减轻处罚方法,他们认为太麻烦,或者认为最高人民法院核准的可能性很小,因而没有采用。当然,也有可能一审的法官们根本就认为盗取银行的17.1万元判处无期徒刑就是不恰当的,或者顶多也只是稍微重了一点点。不论哪一种情况,笔者都认为,根本原因是法官们缺乏必要的公正观,或者说,法官们的公正观出了问题。

有人认为,法官们的公正观是专业的、理性的,而社会公众的公正观是盲目的、感性的。这一看法自有一定的道理,但笔者以为,实体公正更具有社会性,程序公正更具有技术性。许霆非法取款17.1万元是否应当判处无期徒刑是一个实体是否公正的问题,也就是盗取17.1万元是否值无期徒刑的问题。对于实体公正,社会公众是有发言权的。所谓"百姓心中自有一杆秤"即是。如果法官们的公正观与社会公众的公正观大相径庭,恐怕我们没有任何理由去责备社会公众的公正观,而应当是相反,认真反省

法官自己。法官们可以找出很多专业的理由认为许霆就应当被处无期徒刑,而社会公众只有一条理由,即非法取款17.1万元不值无期徒刑。其实法官们也可以找出很多许霆不应当判处无期徒刑的理由,正如广州市中级人民法院法官甘正培在第二次一审判决后向媒体解释的判处5年有期徒刑的三条理由一样。关键是第一次一审时法官们没有去找或者没有认真地去找从轻的理由。之所以没有去找或者没有认真去找,就是由于法官们的公正观念严重地缺失了。

法官的失误之二:创造性的缺乏。法官不能创造法律,但却可以并且应当创造司法的精彩。法官必须严格地执行法律,在刑事法治领域这是罪刑法定原则的必然要求,当然也是宪法的法治原则的必然要求。严格执行法律,当然要求法官们不能超越现行法律的任何界限,不能够按照法官个人或群体的主观感受或观念去创造法律或者去破坏现有法律的边界。但是,法治的要求绝对不是法官机械性地执行法律。法律是高度概括性的,而现实社会生活又是纷繁复杂的,这就决定了法官的司法活动应该、必须、也只能是充满主观创造性的。

许霆案中的无期徒刑的结果,是法官们在现有法律框架内相对比较合理的选择(在无期徒刑和死刑只能二选一的情况下没有选择适用死刑),但却是一种简单的选择,也是比较机械的选择。大家都很清楚,正如广州市中级人民法院第二次一审许霆案时所做的选择一样,本案还有《刑法》第63条规定的方式可以选择,即在法定刑以下选择适当的刑罚,但需报最高人民法院核准。有人会说选择《刑法》第63条规定的方式也不是创新性的司法呀,而是执行现有法律的规定而已。笔者不以为然。

在许霆案中,要想适用《刑法》第63条的规定,其实是很难的。也正因为难而使得适用减轻处罚的规定具有了创新性。人们要问:适用《刑法》第63条到底有何难?笔者不知道身为现行司法体制中的法官们有何感受。以笔者的观点来看,无论从实体上考虑还是从程序上考虑都会很难。

先从程序上看,刑法规定要报最高人民法院核准。按惯例,这种核准程序需逐级上报,而且要往最高人民法院上报的事项一定不是合议庭自己能决定的,在本级法院内部一定有或许可称烦琐的审批程序。没有相当创新精神的法官,一想到不知有多少环节要通过,而任何一个环节都可能让这个报批程序终结,恐怕选择适用《刑法》第63条的勇气也会丧失殆尽。

再从实体上看,选择适用《刑法》第63条后,如何确定许霆实际应受的刑罚处罚,这是一个难度相当大的问题。在刑法学术研究中,往往把现有刑罚的轻重以“格”的形式加以标注。在主刑中不同刑种为“格”的递增,其中有期徒刑又可按刑法典分则中各罪名的最高最低刑的不同规定而分为六个月、一年、两年、三年、五年、七年、十年和十五年几个不同的“格”。按很多学者的解说,减轻处罚通常是在法定最低刑以下一个“格”内处罚。那么对许霆是否应当处以10年以上15年以下的有期徒刑呢?如果是,

那么是处12年好呢还是13年好呢？无论是处多少年，其标准是什么？又要考虑哪些因素呢？等等的问题，恐怕对任何一个法官都是一个不小的挑战。

很明显，在社会公众通过媒体表达出对许霆被判处无期徒刑是极为不公正的强烈呼声之前，一个法官或者一个合议庭的几个法官，要想克服上述程序和实体的困难而选择适用《刑法》第63条，确实有相当的难度。但是，正如前面所述，法官应当创新性地司法。这种创新性的司法，就是法官创造司法精彩，乃至创造司法历史的必然要求。这种创造性司法，必然要求法官不畏一切艰难，充分发挥法官在司法活动中的创造性，也就是要求法官不要循规蹈矩地机械性执法，而是尽最大可能去发掘法律体现社会公正的本质内核，在不破坏法律边际的前提下，穷尽一切可能去灵活地运用法律。而其中的要义就是把法律的公正性毫无遗漏地展现出来。

法官的失误之三：使命感的丧失。司法工作人员特别是法官，在许霆案中选择了相对简单的路径，因而没有创造出司法的精彩。我们在感叹当事法官没有创造出司法精彩的同时，也想更深入地去探究其中的深层原因。不需讳言，在我国现行的司法体制中，行政化的管理模式仍然比较鲜明地表现出来。法官的考核、晋升、乃至日常管理无不透彻地表现出完全的行政性。在这种体制中的法官，更容易把司法活动看成是完成行政性任务的一种工作，更容易想着如何去完成工作任务，从而很难产生出创造司法历史的使命感。而我们的社会主义法治事业却是十分迫切地要求法官们具有创造司法历史的使命感。我们甚至可以假设，如果法官们具有这种使命感并能贯彻在自己日常的司法活动中，许霆案出现另外的结果也不是不可能的。例如，根据刑事政策的理性解释，认为许霆不构成刑事犯罪，而只是民事侵权，应由民事途径来解决，或者认为银行的自动柜员机不是金融机构而只是柜员（营业员）的替代者等。这当然更需要法官们具有前述的使命感，同时也更需要具有突破司法体制中的行政化管理模式的超凡勇气。

许霆案的刑法社会学分析

阴建峰*

轰动全国的许霆案①已由广东省高级人民法院于2008年5月23日作出终审裁定,最高人民法院于2008年8月20日作出了核准裁定。然而,这并不意味着此案所引发的争论就此偃旗息鼓。事实上,虽然许霆案只是案情甚为简单的刑事个案,但该案的影响已远远超越其个案本身,并已成为观察中国刑事法治发展进步的鲜活标本。对于这一个案,从普通民众、网民到专家学者,从法律实务工作者到法律专家,从法理学、宪法学、民商法学者到刑事法学者,纷纷乐此不疲地投身其中,给予了全方位、多视角的全民大讨论。该案也因此被南方周末与中国影响性诉讼研究中心评为2007年度十大影响性诉讼。综观关涉本案的诸多争论主要集中在被告人许霆是否有罪、构成何罪以及能否认定为盗窃金融机构等实体方面。本文拟另辟蹊径以刑法社会学为视角对该案能否成罪、如何定罪量刑进行尝试性诠释。

刑法社会学是在刑法之外研究刑法的边缘性、交叉性学科,它是以刑法存在的社会事实作为主要研究对象的研究范式。正如前苏联学者斯皮里多诺夫所言,"反映作为社会因素的刑事法律现象的知识体系,形成了起着局部社会学理论作用的刑法社会学。刑法社会学的出发点,应当根据形成它的社会来评判法,而且还可以根据社会建

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、硕士生导师、法学博士,中国法学会刑法学研究会副秘书长。

① 许霆案的基本案情为:2006年4月21日晚21时许,许霆到广州市商业银行某自动柜员机(ATM)取款,同行的郭安山(已判刑)在附近等候。许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元。当晚21时56分,许霆在自动柜员机上无意中输入取款1 000元的指令,柜员机随即出钞1 000元。许霆经查询,发现其银行卡中仍有170余元,他意识到银行自动柜员机出现异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账。许霆遂持银行卡在该自动柜员机指令取款170次,共计取款174 000元。许霆告知郭安山该台自动柜员机出现异常后,郭安山亦采用同样手段取款19 000元。同月24日下午,许霆携款逃匿。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案。赃款已被其挥霍一空。广州中院于同年11月20日作出一审判决,认定许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,遂判处其无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。判决宣告后,许霆不服,提出上诉。广东省高院于2008年1月9日作出刑事裁定,以原审判决认定被告人许霆犯盗窃罪事实不清、证据不足为由,裁定撤销原判,发回重审。广州中院于同年3月31日作出重审判决,仍认定许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,但根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,改判许霆为有期徒刑5年,并处罚金2万元。

立起来的法来评判社会。”①进言之,刑法社会学应该是以研究刑法和社会的关系为知识表现形态的学科。② 其研究对象具体表现为“刑事法律规范发挥社会功能的过程,或者说作用的社会结构”,以及“刑法规范作用的社会结果,即它们的效益”。③ 刑法社会学分析不仅可以为刑法研究拓展崭新领域,提供新的研究方法,而且有利于实现立法的科学化,促进司法公正。④ 以刑法社会学的角度来审视许霆案,主要有以下问题值得关注:一是被告人许霆在 ATM 机上恶意取款的行为能否成罪的社会根据何在;二是影响对许霆之行为准确定性的社会制约因素有哪些;三是如何把握对许霆裁量刑罚的社会效果。

一、许霆案是否成罪的社会根据

许霆 ATM 机恶意取款的行为是否构成犯罪,是分析许霆案必须要直面的首要问题。对此,理论与实务界可谓聚讼纷纭、莫衷一是。主张无罪的观点以不当得利说、无效交易说、银行过错说、没有实施合法行为的可能性说、行为难以模仿说、刑法谦抑说、刑罚目的说、罪刑法定说等为代表。⑤ 关于不当得利说、无效交易说、银行过错说、罪刑法定说等主张,已有学者提出了中肯而合理的反驳意见,笔者深表赞同。⑥ 本文仅就其中几个凸显“刑法和社会的关系”并颇受普通民众认同的观点略作评述。

(一)面对“许霆式诱惑”大多数人会有类似的冲动能否成为免罪的理由

在许霆案上升为公共事件后,很多民众往往都会进行自我拷问:“如果机会给了我,我会不会当许霆?”对此,腾讯、南都等多家网络更是以情景再现的类似方式,请网民设身处地地体验在相同背景下自己的选择。数万人参与调查,几家网站得到的调查结果基本相同。网调结果显示,面对“许霆式诱惑”,约五成公众“会多取”并为自己辩护,“事后追究的话就说不是故意”;而表示“我不会多取,我会给银行反映情况”的不到一成;剩下的四成都坦白自己会“摇摆不定,想,但是不敢”。⑦ 正是在这样的调查结果的基础上,很多人认为,在许霆所处的情境下,任何人都会不断地取钱拿走;许霆又不是圣人,在此诱惑下没有实施合法行为的可能性,因此他的行为不构成犯罪。⑧

笔者也认为,上述观点是根本不能成立的。主要理由有二:

---

① 〔苏〕Л. И. 斯皮里多诺夫:《刑法社会学》,群众出版社 1989 年版,第 12 页。
② 参见张心向:《社会学视阈中的刑法学研究》,载《刑法论丛》(第 12 卷),法律出版社 2007 年版,第 7 页。
③ 〔苏〕Л. И. 斯皮里多诺夫:《刑法社会学》,群众出版社 1989 年版,第 13—14 页。
④ 参见许发民:《刑法的社会学分析》,法律出版社 2003 年版,第 33—45 页。
⑤ 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载《法制日报》2008 年 6 月 1 日。
⑥ 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 242—252 页。
⑦ 周明杰:《谁能抵御“许霆式诱惑”?》,载《北京晚报》2008 年 4 月 9 日第 40 版。
⑧ 转引自苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

一则,这种观点不符合世界上任何一个主流文化体系下的社会人格形成实际。[①]不能白拿硬要别人的钱财,这不是对圣人的要求,而是对普通人的基本的道德要求。诚然,面对诱惑九成人会有类似冲动,但这种反应从心理学角度讲是典型的“神入”或者说是“移情”。正如北京大学社会学教授夏学銮所言,每个人在讨论许霆案件的时候,都是把自己摆在许霆的位置上考虑问题的,因此公众前期大多同情许霆并反对重判,许霆也才会得到如此多的舆论支持。而且,根据社会学的标定理论,在别人没有发现或者自己也没有意识到的时候,很多人都会作出越轨行为,这种“原错越轨”是不自觉的,也是“人性的弱点”使然。但是,如果“再次越轨”,则意味着越轨者是自觉的、有意识地进行越轨行为,这就越过了法律规范的界限。事实上,在面对“再次越轨”的冲动时,多数人都能够用道德要求、正义原则、法律规范来制服这种冲动。[②] 而许霆竟然先后 170 余次恶意取款,其主观上非法占有银行资金的目的已然昭彰。

再则,被告人许霆并非“不可能实施合法行为”。在 ATM 机吐出 1 000 元而只在账户上扣款 1 元时,对于一般人而言,也许是一种较大的诱惑,但很难谓“没有实施合法行为的可能性”。许霆取款时用的是真实的工资卡,输入的是本人的账户资料,而且银行又有监控录像,许霆恶意取款时完全能够意识到其行为会被银行发现,这从其取款后的惶恐以及事后的潜逃即可以得到充分佐证。一般稍具守法意识的普通人在此情况下通常会作的选择是放弃犯意而选择守法,而许霆则在贪欲的刺激下,排除可能会被银行发现的心理负担,一而再、再而三地 170 余次恶意取款,说明其具有较强的主观恶性,而非没有实施合法行为的可能性。诚如有学者精辟地指出:“在极度诱惑下白拿别人钱财,如果这就‘没有实施合法行为的可能性’,那么贪官们极为隐蔽地收取巨额贿款后,可否以诱惑力太大因而‘没有实施合法行为的可能性’为由,来进行自我辩护?”[③]此外,不能为了证明许霆行为无罪而不区分情况地简单套用大陆法系刑法中的“期待可能性理论”。就许霆案而言,在当时的情境下,许霆尽管面临很大诱惑,但完全可以期待其放弃犯意而选择实施合法行为,然而许霆终究在可以期待实施合法行为的情境下基于其自由意志的支配而选择了连续多次恶意取款,其行为难道没有可谴责性吗?况且,期待可能性理论作为大陆法系刑法中的一种刑事免责理论,在我国刑事司法实践中并未得到明确承认。以这种理论作为诠释许霆无罪的根据,在当前我国《刑法》的语境下,显然缺乏说服力。[④]

(二)许霆之行为难以模仿能否成为免罪的理由

被告人许霆的辩护律师在重审开庭时认为,自动柜员机出现异常的概率极低,因

---

① 参见苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

② 参见周明杰:《谁能抵御“许霆式诱惑”?》,载《北京晚报》2008 年 4 月 9 日第 40 版。

③ 苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

④ 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 247 页。

而许霆的行为是不可复制、不可模仿的,将之视为刑事犯罪缺乏现实意义,应当认定许霆无罪。[①] 也有学者认为,不对许霆的行为以犯罪论处,类似的行为并不会再次发生,不单是许霆不会再次实施此种行为,就是社会上一般的人也不会再实施此种行为,因为这种行为的实施需要特殊的条件,而这种特殊的条件不可能再次出现,而且也无法人为创造。一句话,不对许霆治罪也可达到特殊预防和一般预防的刑罚目的,何必治罪呢?[②]

笔者认为,上述意见也是站不住脚的。首先,许霆案发生后陆续曝光的云南何鹏案、浙江唐风军兄弟案等类似案件表明,ATM 机出现故障的概率并非如辩护律师所想的那么低。[③] 其实,感染病毒、软件系统漏洞、设备老化等因素都可能导致 ATM 机出错;甚至天气对于 ATM 机的正常运作都有很大影响,内蒙古地区 ATM 机怕沙尘,东北地区的 ATM 机怕低温,南方地区的 ATM 机怕高湿。其次,即使如辩护律师所言,许霆遇到的情况是一个概率非常低的事件,其行为缺乏可模仿性,这一事实也不能成为许霆行为免罪的理由。诚然,某行为发生的概率非常低,行为缺乏模仿性,对其进行刑事处罚缺乏实际意义,从刑事立法角度来说确无犯罪化的必要。但是,就刑事司法而言,只要刑法对某一行为进行了规制,即使该行为发生的概率较低,很难被模仿或复制,也应当按照行为符合的具体犯罪构成进行认定。此正所谓"恶法亦法"是也。因此,尽管从刑事立法之应然层面讲,"恶法"应当受到批判,成为人们痛斥的对象,但在刑事司法的实然层面上,"恶法"作为一种实在法,仍是司法实践中需要被遵照执行的基本依据。[④] 以立法层面的非犯罪化根据作为司法上无罪的理由,显然是将不同层面的问题混为一谈了。再次,那种认为不对许霆治罪也可达成刑罚目的之观点,实际上也是基于许霆的行为发生概率低、不具有模仿性,其立论基础并不扎实。笔者亦认为,考虑到许霆的确具有一定的可宥性,对于许霆判处无期徒刑实无必要,不符合刑罚的经济性原则,也难以有效地达到刑罚的目的,无法实现刑罚功利与公正的共融,但是,这并非意味着对于许霆就不应予以治罪。鉴于许霆之行为具有的严重社会危害性,应按照功利性与公正性有机统一的要求,对许霆慎重而适度地适用刑罚,以便最大限度地实现刑罚的目的。如果对许霆网开一面不予治罪,不仅难以唤起和强化其自身的规范意识,相反会助长其不劳而获、冒险投机、进行违法犯罪的侥幸心理,在出现相同条件的情况下,势必难以防止其重蹈覆辙。更为严重的是,对于一般知晓情况的普通民众而

---

① 参见孔博、赖雨晨:《许霆涉嫌盗窃案开庭重审 控辩双方立场未变》,载 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/22/content_7650835.htm,访问时间:2008 年 6 月 20 日。

② 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

③ 参见陈万颖:《许霆案的五大典型意义》,载《青年周末》2008 年 4 月 10 日。

④ 参见杨兴培:《"许霆案"的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008 年第 3 期。

言,如对许霆不予治罪则难以起到有效的警示和鉴戒作用,也不能实现有效的一般预防。[①] 事实上,在许霆案件发生后相继进入公众视线的相似案件中,有关当事人面对ATM机出错的情况,为了避免成为"第二个许霆",不约而同地选择给银行打电话或者报警[②],这也从反面印证了对许霆予以治罪已然有效促成了一般预防之刑罚目的。

(三)被告人许霆之行为能够成罪的根由在于其严重的社会危害性

行为具有严重的社会危害性,是犯罪最本质、最基本的特征。社会危害性是指行为对刑法所保护的社会关系造成这样或那样损害的特性。犯罪的本质就在于它危害了国家和人民的利益,危害了社会主义社会。如果某种行为根本不可能给社会带来危害,法律就无必要把它规定为犯罪,也不会对它进行惩罚。没有社会危害性,就没有犯罪;社会危害性没有达到相当严重的程度,也不构成犯罪。而决定犯罪的社会危害性的轻重大小的因素,主要包括:其一,行为侵犯的客体,即行为侵犯了什么样的社会关系;其二,行为的手段、后果以及时间、地点;其三,行为人的情况及其主观因素。[③]

具体到许霆案而言,被告人许霆的行为在实质上已具有严重的社会危害性,达到了犯罪的程度。首先,许霆有相当程度的主观恶性。许霆取款前查询过自己的银行卡余额,明知卡内只有170余元,第一次取款1 000元后又查询了余额,在发现银行自动柜员机出现异常,能够超出余额取款且不能如实扣账的情况后,连续、主动170次指令取款,时间前后长达3个多小时,直至其账户余额仅剩1.97元为止。在此过程中,许霆两次把赃款拿回宿舍,再返回现场取款。其取款的方式、次数、金额、持续的时间等客观事实均表明其主观上具有明显的非法占有的目的。在取款后,又携款潜逃一年多,足以证明其有较大的主观恶性。其次,许霆行为造成的客观危害严重。许霆恶意取款达17万余元,数额不可谓不巨大,而且事后都被其挥霍一空,严重侵犯了银行的合法财产权益和资金安全。因此,完全有必要对许霆以犯罪论处。

二、影响许霆案定性的社会制约因素分析

作为法社会学的重要组成部分,刑法社会学需要对实际上制约着人们行为的规范和习惯的研究,目的在于找出克服不符合现代精神的陈规陋习的有效方法,并把有价值的规范要素吸收到由国家制定的法律体系中来。[④] 而对刑事个案的准确定性,正是刑事法律规范发挥社会功能的具体表现。以刑法社会学视角审视许霆案,以下事实因素有可能制约人们对于该案定性的认识,有必要加以特别研究:一是ATM机等智能机

---

① 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第14卷),法律出版社2008年版,第248页。

② 参见陈万颖:《许霆案的五大典型意义》,载《青年周末》2008年4月10日。

③ 参见赵秉志主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第138页。

④ 参见赵震江、季卫东、齐海滨:《论法律社会学的意义与研究框架》,载《社会学研究》1988年第3期。

器的发展;二是社会公众就盗窃罪所谓"秘密窃取"存有不同于专业理论的认识。

(一)ATM 机等智能机器的发展对于定性之影响

重审判决认定,被告人许霆以非法占有为目的,采用秘密手段窃取银行经营资金的行为,已构成盗窃罪。对此,刑法学界大多数专家、学者都认同。有些学者更是结合盗窃罪的构成特征对本案进行了深入论证:从主观方面来说,许霆在其已经完全意识到 ATM 机出了故障,且在取款时自己账户余额不足无权再次取款的情况下,仍 170 余次取款计 17 万余元,其主观恶性暴露无遗。许霆的主观心态已由最初意外受益的心理转变为非法占有的意图,由被动地获得超额款项转变成为积极主动地侵犯银行的财产。通过反复操作恶意取款,许霆非法占有银行财产的主观意图已得到充分彰显。从客观方面来看,虽然许霆是利用真实的工资卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份,但在许霆实施恶意取款行为时银行实际上并不知晓,其身份的公开并不能否定其行为的秘密性。况且,即使银行当时知晓情况,但只要许霆行为时自认为银行并不知晓,亦足以认定为"秘密"。而许霆所作的"银行应该不知道"、"机器知道,人不知道"等供述,则进一步对此给予了印证。从许霆行为的整体性质来看,其完全符合盗窃罪中窃取的本质特征,应认为属于违背银行意志、侵犯其财产所有权和资金安全的一种特殊形式的"窃取"。①

不过,很多社会公众尤其是部分民商法学者则对此不以为然。一些论者从智能机器的发展以及民商法相关理论出发,力主许霆不构成盗窃罪,而构成诈骗罪或者侵占罪等其他犯罪。例如,有学者认为,主张利用信用卡非法套取智能机器管理的钱财是盗窃的观点已经不合时宜。机器不可能陷于认识错误之传统理论应该被突破。在 ATM 机上恶意骗取钱财是可以构成诈骗犯罪的。② 也有人认为,智能机器能体现和代表所有者的意思表示。ATM 机出现故障时,同样代表了银行的意志。许霆接受银行"错给",不违背银行通过 ATM 机表现出来的意志。许霆明知银行 ATM 机存在技术故障,取得额外款项将侵害银行的所有权,但仍实施取款行为,其主观上是故意,具有非法占有之目的。到案后直至本案重审宣判,许霆没有主动退还款项的行为,侵害了银行的所有权,且数额达 17 万余元,因此,其行为在客观上具有社会危害性。许霆在案发后逃匿一年多,到案后及审查起诉阶段都没有归还款项的行为,乃至在审判期间还在观望法院的判决结果来决定是否还款,因此可以认定为拒不退还,并且数额巨大,构

---

① 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 253—258 页;陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日;张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日。

② 参见王智名:《法律的与时俱进——从"许霆案"中想到的》,载 http://www.studa.net/faxuelilun/080604/11283633.html,访问时间:2008 年 6 月 23 日。

成侵占罪。①

之所以对于许霆案出现上述定性之纷争,关键因素便是ATM机等智能机器的发展所致。由于现代科技尤其是计算机技术的普及和运用,智能机器在当今社会已起到日益重要的作用,其身影可谓充斥社会生活的各个方面。而ATM机正是在这样的社会背景下应运而生的。ATM即自动柜员机(Automatic Teller Machine),为银行提供的一种特殊服务,允许在银行有开户存款者,凭磁条卡(magnetic card)或者是最新的IC(Intgrated Card)卡,利用柜员机通过密码辨识系统以存提款项,使人们不受时间限制,可随时提款。ATM机不同于普通机器的特点便在于其具有一定的识别能力。针对普通机器,由于其根本不具有任何识别能力,是无意识的东西,因此才有传统刑法理论之所谓"机器不能被骗"的论断。因为诈骗是基于人的认识错误自愿交付财物,而机器是无认识的,所以根本不能因为认识错误而受骗上当。所以,那些利用机器骗取财物的行为实践中只能定性为盗窃,不可能成立诈骗。同时,由于普通的机器不具有识别能力,没有独立的意思表示能力,不能独立地承担民事责任,无法成为民法上的代理人。这也决定了类似许霆的行为不能构成以"合法持有变非法占有"为本质特征的侵占罪。

而上述论断过去也并没有遭受太多的质疑。但是,随着ATM机等智能机器的迅猛发展,传统理论的合理性也逐渐受到挑战。有人主张,普通机器不能被骗,但有识别能力的智能机器是可以被骗的。因此,应重新审视这一高科技带来的新生事物,逐步将其与普通的机器区分开来而另眼相看。而许霆案激烈的定性纷争正集中凸显了新旧两种理论的冲突与矛盾。许霆案原审、重审所产生的多个刑事判决以及大多数刑法学者均基于传统的刑法理论将许霆之行为定性为盗窃罪;而一些非刑法学者则往往不拘泥于传统刑法理论,更多地着眼于ATM机有别于普通机器之智能特性,考虑到其已具备一定的识别能力,而力主构成诈骗罪、信用卡诈骗罪或者侵占罪。

笔者认为,ATM机等智能机器确实有不同于普通机器的特点,这是刑事审判时有必要考虑的因素。然而,在现实科技发展水平与社会背景下,ATM机等智能机器所具有的识别能力是否已达到足以影响行为定性之程度?笔者对此仍存怀疑。以ATM机为例,它只是一种通过密码辨识系统存提款项的机器。目前尚不能仅基于其有限的识别能力而视之为具有独立人格的"拟制人"。在ATM机出现故障而被行为人恶意利用的情况下,ATM机实际上是基于银行所安装的程序系统紊乱而错误支付款项,却并非基于什么错误认识。正如有学者针对主张许霆的行为构成诈骗罪的观点所反驳的那样,ATM机只是银行用以传达和表达其意志的工具,在功能上类似于一台内置有程序或指令序列的电脑,而电脑亦可在一定程度上执行人类的某种功能,难道因此就能认

① 参见李飞:《析许霆案重审判决之两大错误》,载 http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=9004,2008年6月23日访问。

为其具有一定的“人格”,从而认定其成为诈骗罪的受骗者吗?[①] 其实,智能机器尽管有一定的识别能力,但仍只是人类社会生产、生活的工具而已。客户与 ATM 机的关系从实质上讲仍是客户与银行的关系,是人与人的关系。而这也正是对许霆 ATM 机恶意取款行为准确定性之立足点。从银行角度来看,其并没有基于认识错误而处分财产,许霆超出存款额而取款是违反银行管理者意志的,因此根本不符合诈骗罪或者信用卡诈骗罪的构造。[②] 如果忽视 ATM 机只是银行的工具,而过分强调其有限的识别能力,并孤立地看待银行客户与 ATM 机所谓交易行为,就很可能会导致认定许霆构成诈骗罪或信用卡诈骗罪之定性偏差。

而且,虽然 ATM 机也是在代表银行意志从事交易,但机器毕竟不是人,即便机器能够在某种程度上根据预设的程序系统作出意思表示,亦要受交易方式和程序设定的严格限制,即:(1) 就目前的技术条件来看,能用机器代行交易决定的,是那些内容相对简单、方式程式化较强的交易;(2) 用机器代行交易决定,需将交易商品或服务项目类型化,以便能够与相对人的意思表示一一对应地作出反应,由此决定了机器代行交易不能讨价还价;(3) 机器代行交易的条件与方式是被事先认可的,其符合程式设定的交易行为后果不能被事后否认;(4) 机器代行交易的范围与规则具有简明性,能够为普通消费者充分了解。如果机器失灵,并且这种失灵为消费者显然明知时,机器代行的交易行为便没有法律效力。具体到许霆案而言,当许霆发现 ATM 机出现异常时,应当意识到机器不是在和他讨价还价而是出现失灵的情况。因此,ATM 机失灵的代行交易后果,对银行不生法律效力。[③] 就此而论,不能基于不具有法律效力的所谓交易行为将被告人许霆 ATM 机取款行为视为“合法占有”,并进一步将之定性为侵占罪。

综上,笔者认为,传统刑法理论关于“机器不能被骗”之论断在当下仍有其说服力。过高估计 ATM 机等新型机器的智能化程度,并不适当地拔高其有限的识别能力或者意思表示能力,这是导致社会公众对于许霆案出现定性偏差的重要原因。法院基于传统刑法理论尤其是盗窃罪的构成特征,认定许霆的行为构成盗窃罪,应该说无可厚非。

(二)社会公众就盗窃罪所谓“秘密窃取”的朴素认识对于定性之影响

刑法理论中通常认为,盗窃罪中的“秘密窃取”,是指行为人采取主观上自认为不被财物所有者、保管者或经手者发觉的方法,暗中窃取财物的行为。具体可概括为三个方面:(1) 秘密具有主观性,即行为人自认为没有被财物的所有者、保管者或经手者

---

① 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 262 页。

② 通常认为,诈骗罪或金融诈骗罪的构造是:行为人实施欺骗行为——对方产生处分财产的认识错误——对方基于认识错误处分财产——行为人或第三者取得财物——被害人遭受财产损失。

③ 参见陈甦:《失灵柜员机取款案的民法分析》,载 http://www.zwmscp.com/list.asp? Unid = 6607,访问时间:2008 年 6 月 23 日。

发觉,至于他们是否已知晓在所不问;(2)秘密具有相对性,即秘密是相对于财物的所有者、保管者或经手者而言的,而非普适针对上述人员之外的其他人;(3)秘密具有恒定性,即秘密性必须始终贯穿行为人整个行为之始终。① 正是基于该刑法理论,法院认为,许霆利用银行自动柜员机程序升级出错之机,多次恶意取款,自认为银行工作人员不会当场发觉,其行为完全符合盗窃罪“秘密窃取”的客观特征。至于ATM机旁的监控录像只是银行的一种防范手段,并不影响许霆行为的秘密性特征。而许霆供述“银行应该不知道”、“机器知道,人不知道”等,也对此予以充分印证。结合许霆主观方面所具有的非法占有之目的,法院遂认定许霆构成盗窃罪。

然而,许多普通民众对于盗窃罪之定性则颇有微词。在他们看来,许霆是利用自己真实的工资卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份,怎么能构成“秘密窃取”呢?② 有人指出,“盗窃”的书面同义词是“窃取”,口头用语是“偷”,权威词典解释为“私下将他人所有的东西拿为已有”。“偷”是历史悠久的社会现象,行为动作是不是“偷”,只是自然人的物质行为的社会化认识。判断行为是不是“偷”,是一种本能由然的生活基本常识判断,不需要也不应当动用法律权威理论进行长篇论证。③

事实上,之所以普通民众对于许霆构成盗窃罪质疑声鹊起,主要原因便在于刑法理论中所谓“秘密窃取”与民众心中的朴素理解存在巨大的差异。诚然,从实然层面讲,不能将生活用语不恰当的等同于法律术语,从而忽视刑法理论、实务对于法律术语的界定所形成的通例。只有后者才是司法机关据以定罪的依据。不过,缘自何法律术语与民众的朴素话语存在如此巨大的鸿沟,值得法学研究者深思。笔者认为,刑法学作为应用性、实践性很强的部门法学,不应沉湎于理论的精细与宏大,陶醉于术语的深奥与优美,而应面向社会实践,立足于社会生活的常识、常情、常理以构建法律术语乃至基本知识体系。如是,方能使根基于法理的法院判决为普通民众所认同,从而取得良好的社会效果。

三、许霆案刑罚裁量的社会效果分析

自广州中院一审作出判处许霆无期徒刑的判决伊始,许霆案便在社会上引起了轩然大波。一时间公共舆论铺天盖地,网络民意对法院判决的“积怨”日甚,九成以上的

---

① 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第14卷),法律出版社2008年版,第257页。

② 参见郭向东:《许霆行为不构成犯罪》,载《新京报》2008年1月19日。

③ 参见何长明:《假卡不为偷,真卡何成盗》,载 http://article. chinalawinfo. com/article/user/article_display_spid. asp? ArticleID =43337,访问时间:2008年6月23日。

网友认为法院对许霆量刑过重。① 而且,普通网民往往将许霆案类比于动辄贪污受贿上千万的案件,并质问:那些贪官大多也只是最高判处无期徒刑,而作为打工仔的许霆只不过是利用 ATM 机故障恶意取款 17 万余元,竟然也被判处无期徒刑,差距如此悬殊,公平正义何在?② 在汹汹民意和舆论的压力下,此案被发回重审。2008 年 3 月 31 日,广州中院作出重审判决,仍以盗窃金融机构的犯罪定性却改判许霆 5 年有期徒刑。及至 2008 年 5 月 23 日,广东省高院裁定维持原判,许霆案方基本尘埃落定。不过,根据新浪网的网上调查,对于上述重审结果,仍有 82.59% 的人表示不能接受,认为许霆应判无罪或更轻的刑罚;有 16.56% 的人表示,能够接受,改判为 5 年算是宽大了;仅有 0.84% 的人表示不关心,无所谓。③ 而南都网所作的类似调查则显示,有 41.5% 的网民认为太重,而 52.5% 的网民则认为太轻,认为合适的仅只有 6% 。④ 可见,尽管重审判决在一定程度上使舆情得以疏解,民心有所慰藉,但该判决所适用刑罚的社会效果却并不令人满意。在此,有必要从刑法社会学角度审视许霆案刑罚裁量的社会效果及相关问题。

(一)许霆案刑罚裁量之困惑及其解决

许霆案的刑罚裁量难以得到民众的广泛认同,以致社会效果不佳,其原因是复杂而多元的,除了普遍价值认同的缺失、网络时代的到来、权利意识的觉醒等深层次社会原因外,相关立法的滞后与司法的僭越等法律层面的问题未能得到合理解决,亦是其中非常重要的方面。

1. 能否将 ATM 机认定为金融机构

许霆案刑罚裁量饱受责难的重要原因便在于审判机关将许霆 ATM 机恶意取款的行为认定为盗窃金融机构,并据此判处了严厉的刑罚。对此,很多普通民众在一审后便发出如下感慨,“把 ATM 机视为金融机构太过严苛,那岂不满大街都是金融机构了!”⑤

笔者认为,对于 ATM 机能否认定为金融机构,可从实然和应然两方面考虑。从实然的角度看,法院将许霆的行为认定为“盗窃金融机构”也有其现实法律依据。因为最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条明确规定:“刑法第二百六十四条规定的盗窃金融机构,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金

① 参见《九成网友认为量刑过重》,载《羊城晚报》2007 年 12 月 25 日。

② 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 272 页。

③ 载 http://survey.news.sina.com.cn.

④ 载 http://epaper.nddaily.com/A/html/2008-04/01/content_428622.htm.

⑤ 黄琼:《ATM 机出故障 男子 171 次恶意取款被判无期》,载 http://www.ycwb.com/2007-12/20/content_1728302.htm。

融机构的办公用品、交通工具等财物的行为”。而 ATM 机是银行对外提供客户自助金融服务的设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金。故许霆盗窃 ATM 机内资金的行为依该司法解释的规定应认定为“盗窃金融机构”。但是,从应然的角度看,对于 ATM 机则不应认定为金融机构。这一司法解释似有越权之嫌。因为“盗窃金融机构”的侵犯对象既须针对银行、保险公司、信托公司等金融机构,也须针对这些机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,而不能将其仅泛化理解为后者,否则就会将盗窃运钞车、ATM 机甚至携带银行资金的员工之行为一概认定为盗窃金融机构,从而会不适当地扩大其适用范围。而这不仅与立法者以此限制死刑的立法初衷不相吻合,也有悖于对从严性规定应作严格解释之具体解释规则。况且,盗窃戒备森严的金融机构金库资金与盗窃 ATM 机的社会危害性自不可同日而语,又岂能将两者等同视之?

其实,“盗窃金融机构”之条款本是立法者在刑法修订过程中权衡各方意见后妥协立法的产物,旨在保留盗窃罪死刑并予以严格限制。立足于现今“公私财产平等保护”的宪政立场,刑法已不宜再对“金融机构”给予特殊保护。而且,为盗窃罪配置死刑根本不具有必要性与合理性。《刑法》第 264 条针对“盗窃金融机构”与“盗窃珍贵文物”而“处无期徒刑或者死刑”的法定刑设置,应予删除。

2. 盗窃罪与贪污贿赂罪的刑罚配置是否失衡

许霆案的刑罚裁量之所以广受民众诟病,是因为人们往往会不自觉地将该案与腐败案件贪官的刑罚予以类比。许霆窃取钱款的数额较之于许多腐败官员贪污受贿的数额可谓小巫见大巫,而彼此的刑罚却相差无几甚至比很多腐败案件要重,以致有些网民发出“窃钩者诛,窃国者诸侯”的质疑。

其实,这种情况的出现主要是立法上对于盗窃罪与贪污罪、受贿罪的刑罚配置失衡所致。从立法及司法解释的规定来看,盗窃罪的立案标准是 500 元;盗窃 3 万元至 10 万元以上即属“数额特别巨大”,应当判处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑。而相对而言,贪污罪、受贿罪的起刑点则高达 5 000 元。换言之,“同样都是‘窃取’他人财物的行为,国家工作人员窃取国家财物成立犯罪的条件更高,而普通百姓成立犯罪的条件更低”。这不仅体现了是否具有公职身份在入罪条件上的不对等,同时也体现了国家工作人员和社会底层人员之间在成立犯罪上的不公平,从而在实质上违反了刑法面前人人平等的原则。[①] 虽然就 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑的量刑幅度而言,个人贪污、受贿数额亦须达 10 万元以上,这与盗窃罪的相应刑罚基本相当,但结合司法实践可知,贪污受贿上千万的腐败贪官被判有期徒刑的大有人在,而盗窃十多万的普通盗窃犯被判无期徒刑的现象也屡见不鲜。这也意味着两者之间的确存在刑罚失衡的问题,有必要加以正视并合理解决。

---

① 参见付立庆:《许霆案背后的几点反思》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日。

笔者也认为，有必要提升盗窃罪的起刑数额，抬高盗窃入罪的门槛，并将其与贪污罪、受贿罪的立案数额标准拉平，以切实做到刑法对公私财产的平等保护，官民一视同仁，一准于法。[①] 同时，司法解释所确定的犯罪数额标准不应一成不变，而应充分考虑物价、通货膨胀等因素的影响，根据社会发展状况及时、灵活地予以调整。而司法官也应在刚性的法律和变动的社会现实之间努力寻求最佳平衡点。

3. 重审法院依据酌定减轻处罚制度对许霆改判5年有期徒刑是否合适

对于许霆案，同一法院基于同样的事实与证据，却作出了由无期徒刑到5年有期徒刑的截然不同的判决。这不能不让人费解与疑惑。对此，重审判决指出，许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，依法本应适用“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的刑罚。但鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生的犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，可依照我国《刑法》第63条第2款之规定对许霆在法定刑以下判处刑罚。因此，原审法院最终决定对被告人许霆在法定刑以下量刑，判处有期徒刑5年。

对于原审法院的这一做法，很多人都表示赞成。有学者更认为，通过许霆案激活《刑法》第63条第2款的适用，并因此促成其运行规范化，乃至做必要的制度设计上的调整，也是这一广受人关注的案子所产生的一个积极效果。[②] 不过，也有学者对此提出质疑。论者指出，我国《刑法》第264条对盗窃罪中“盗窃金融机构，数额特别巨大”的情形配置的刑罚是“无期徒刑或者死刑”。即使在法定刑以下判处刑罚，也不宜判处不满10年有期徒刑。因为同等情况下，普通盗窃罪都应判处10年以上有期徒刑，更何况盗窃金融机构这一加重情形的盗窃罪？而且，法官在适用《刑法》第63条第2款特别减轻处罚的规定而行使自由裁量权时也应有合理的限度。直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑，是对刑法适用性合理限度的忽视，因而是极不严肃的。[③]

由于一审法院将许霆之行为认定为“盗窃金融机构，数额特别巨大”，故而只能在“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”之法定刑幅度内选择相应的刑罚。这也是一审法院判处被告人许霆无期徒刑的法律依据。然而，这一判决旋即被舆论广泛指责为机械、僵硬司法，缺乏灵活性。面对来自各方面的压力，重审法院在未改变事实与证据认定的情况下，不得已寻求在现行法律框架内以酌定减轻处罚制度予以调整。而这也不

---

① 参见赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第283页。

② 参见刘仁文：《许霆案与“特殊减刑权”》，载《新京报》2008年4月5日。

③ 参见赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第275页。

失为解决许霆案量刑困境之现实路径。

但是,从制度层面讲,笔者对于酌定减轻处罚制度的设置持怀疑态度。因为该制度力图在司法权的框架内解决立法的滞后与不灵活的弊端,很容易导致司法的擅权与腐败的滋生。而且,这种由基层法院报请最高法院"权断"的特别程序,已然架空了二审终审制。既然广州中院已逐级报请最高法院核准,而二审上诉仍在广东省高院,作为上诉法院的广东省高院焉能不"维持原判"?许霆案已充分昭示,其二审程序不过是走走过场而已。

诚然,由法的稳定性之要求所决定,凡是法律均具有确定性、普适性、规范性之特征。然而,确定性、普适性、规范性之法律必然又蕴涵着僵化与不灵活之弊端,从而导致在特定个案中出现形式正义与实质正义、一般公正与个别公正无法兼顾的尴尬境地。实践中经常会发生一些案件,从现行刑法角度看完全是罪当其刑的,但在一般百姓、情理看来却是"善意"和"无辜"而不应当受惩罚或者处罚较重的。许霆案便是此类案件的典型适例。为此,笔者认为,赦免制度应是解决困境的最佳选择。因为赦免制度正是对法律过于僵硬状态的一种补救,是刑事制度运作不可缺少的安全阀。事实上,酌定减轻处罚所适用的"特殊情况",诸如政治、外交、民族、宗教、国际事务等,正是施行赦免制度的特定事由。通过将酌定减轻处罚纳入赦免性减刑的范畴,并赋予罪犯个人以求赦权,可以让一些令法律难堪的案件通过司法权之外的救济措施得到合理解决。尽管法意与民情间的沟壑不可能就此一劳永逸地解决,但现代赦免制度至少可以在现实制度范畴内,为我们提供一种可行的尝试。

(二)刑罚裁量之法律效果与社会效果的平衡

许霆案发回重审后,广东省高院吕伯涛院长在接受采访时表示,许霆案发回重审,就是为了让大家来讨论这个问题,最后寻找出一个合法、合情、合理的解决方法,是为了追求法律效果和社会效果的统一。[①] 不过,重审的结果似乎并未能实现法律效果和社会效果的统一。那么,如何才能实现法律效果和社会效果的统一?公众舆论对于法律效果与社会效果的有机统一有何影响?这些问题正是许霆案让我们必须直面思考并着力解决的。

1. 法律效果与社会效果关系的辨正

"法律效果与社会效果的统一",是司法的永恒主题。所谓法律效果,在西方法社会学中,是指法律或判决对社会生活的作用、影响,衡量法律效果如何看法律作用的结果能否达到法律的预期目标。[②] 换言之,法律效果就是法在社会中运作所产生的社会现实状况和社会现实效应,也是法律作为一种规范期待和要求社会应当达到的一种预

---

① 参见《追求法律效果和社会效果统一》,载《南方日报》2008 年 1 月 18 日。

② 参见朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社 1994 年版,第 204 页。

期状态。而社会效果，则是指通过法律适用，使法的本质特征得以体现，实现法的秩序、自由、正义、效益等基本价值的效果，从而使法律适用的结果得到社会公众的认同。

法律是社会关系的调节器。整合社会利益，维护社会秩序，实现社会福祉，是法律的终极目标。法律的功能和作用最终是通过其作用于社会的效果体现出来的。法律和社会这样一种天然的、历史的联系，决定了在司法活动中，必须高度重视法律效果与社会效果的统一。[①] 当然，一个刑事判决要真正实现法律效果与社会效果的统一，并非易事。在司法实践中，法律效果与社会效果往往并不能统一：让法律满意的判决，当事人、社会公众并不一定“买账”；反之，迎合了当事人、社会公众的判决，很可能就背离了正式法律的要求。由是，一些网民对“法律效果与社会效果的统一”提出了质疑：司法机关追求或兼顾社会效果，会导致枉法裁判。同时，很多学者也认为，法官要表达对于法律的忠诚。司法官的天职，是追求法律效果。实现了司法的法律效果，就已经实现了司法的社会效果。[②]

笔者认为，法官并非只能被动而机械地适用法律，而是拥有在法律的限度内合理运用法律的权力，此即自由裁量权。正如有学者所指出的，法官是人，但不是“机器人”，他必须运用正义之心，主动弥补法律的漏洞，以满足公众对于正义的期待，而不应在法律的文字之内机械地理解法律，僵化的法律文字不应成为法官的“挡箭牌”。[③] 而法官在行使自由裁量权时只有充分考虑法律适用的社会效果，才能使秩序、自由、正义、效益等法的基本价值得以实现，并使法律适用的结果为社会公众所认同。但是，如果法官恣意行使自由裁量权，则其法律效果便无法企及，更遑论法律适用的社会效果。可见，法律效果应是社会效果的前提和基础，没有法律效果根本谈不上社会效果；而社会效果则是法律效果的社会现实效应，是检验法律效果的基本标准。在刑罚裁量过程中，既不能只强调法律效果而罔顾社会效果，也不能片面追求社会效果而置法律规范于不顾。

具体到许霆案而言，一审判决过分强调刑罚裁量的法律效果，忽视了社会效果，落入了僵硬、机械司法之窠臼，以致饱受社会的责难。而重审判决虽然力图兼顾法律效果与社会效果，但其成效却不尽如人意。一方面，由无期徒刑大幅度地改判为 5 年有期徒刑，突破了刑法适用性的合理限度，有损法律的尊严与权威；另一方面，重审判决与社会公众的预期仍有一定的距离，其立论理由仍略显苍白，说服力尚有进一步强化之余地。

2. 公众舆论对于刑罚裁量效果的影响

许霆案已逾越了法律的领地，在法权、民意与舆论的持久博弈之中升级为喧嚣一

① 参见江必新：《法律效果与社会效果统一》，载《人民日报》2006 年 5 月 10 日。

② 参见喻中：《法律效果与社会效果的思量》，载《法制日报》2008 年 4 月 20 日。

③ 参见罗翔：《许霆案：法官其实有权灵活纠偏》，载《法制日报》2008 年 1 月 10 日。

时的公众事件。[①] 这起事件以一审法院判处许霆无期徒刑为开端,它所引起的硝烟至今尚未完全消散。在案件审理过程中,公众舆论对于案件的发回重审以及最终在法定刑以下大幅度改判无疑起到了至关重要的作用。正因为如此,有人宣称这是"民意的胜利"、"舆论的胜利"!然而,公众舆论对于刑罚裁量果真有如此大的作用吗?究竟如何看待公众舆论对于刑罚裁量效果的影响?

面对如潮的公众舆论,有人主张,对审判许霆案的法官来说,其他案件的审判与他无关,公众的舆论也与他无关。公众对整个司法环境的不满,不是许霆案这一个案的法官应当和能够承担的。如果出于为司法界争取公众好感的考虑,不顾事实而作出迎合舆论的判决,是饮鸩止渴之举,不但不能维护整个司法界的形象,反而会造成更大的负面效应。在法庭里,法官只需是一个纯粹的法律人,只要有一颗公正的心。[②] 不过,也有人认为,面对社会的急剧变化,如果我们死死地坚守法律条文的字面意义,不考虑社会的发展变化需求,显然就会犯刻舟求剑的错误。在中国所处的特定历史时期,如果司法机关没有适度的应变能力,法官没有高超的法律效果与社会效果的整合能力,司法就会与时代格格不入,法官就可能是一个不受这个时代所欢迎的法官。[③]

笔者认为,作为"三权"之外的第四权力,公众舆论监督对于司法权的公正、合理行使有相当重要的制约作用。不过,公众舆论的不当监督也可能对司法独立与公正造成负面影响。因此,公众舆论监督应该纳入法制化轨道,尤其是针对新闻媒体应该建立不当监督处罚机制。对于法官而言,可以在法律的限度内对于民意、公众舆论予以适当回应,但绝不能盲从,更不能为了单纯取悦于民意、公众舆论而肆意突破法律的边界。事实上,以公众意志为底蕴的"民意"更应在立法时予以充分体现和反映,从而将之上升为"法意",以体现法律的公平和正义。

四、结语

对于许霆案,美国首位华裔市长黄锦波曾发出感叹:一个犯罪分子,明明知道拿的不是自己的钱,居然能博得这么多人的同情,"这说明很多中国人不能分清是非!"其实,他忽视了该案背后所蕴涵的各种社会、文化、政治因素的博弈与影响,其结论似亦有些言过其实。对于这样一个关乎刑事法治发展的个案,不应仅仅拘泥于纯粹法律层面的分析。只有从更深层次予以挖掘、剖析,才能充分发挥其法治标本之意义。

---

① 参见羽戈:《"许霆案":民意与法权的博弈》,载《中国经营报》2008 年 4 月 7 日。

② 参见李勇:《法官之心不可随风幡而动》,载《法制日报》2008 年 2 月 27 日。

③ 参见江必新:《法律效果与社会效果统一》,载《人民日报》2006 年 5 月 10 日。

对网络犯罪社会危害性的反思*

——以许霆案为视角

于志刚** 李怀胜***

许霆案背景回放：根据媒体报道和法院认定的事实，2006 年 4 月 21 日晚 10 时，许霆来到天河区黄埔大道某银行的 ATM 取款机取款，取出 1 000 元后，他惊讶地发现银行卡账户里只被扣了 1 元，狂喜之下，许霆连续取款 5.4 万元。当晚，许霆回到住处，将此事告诉了同伴郭安山，两人随即再次前往提款。后经警方查实，许霆先后取款 171 笔，合计 17.5 万元；郭安山则取款 1.8 万元。事后，两人各自携赃款潜逃。同年 11 月 7 日，郭安山向公安机关投案自首，并全额退还赃款 1.8 万元。法院认定其构成盗窃罪，判处有期徒刑一年，并处罚金 1 000 元。潜逃一年的许霆于 2007 年 5 月在陕西宝鸡火车站被警方抓获，17.5 万元赃款已经挥霍一空。广州市中级法院审理后认定许霆构成盗窃罪，且行为属于盗窃金融机构，判处其无期徒刑。案件经媒体披露后，舆论哗然，在强大的舆论压力下，案件经广东省高级法院发回重审后，广州市中级法院再审改判为 5 年有期徒刑，随后重审判决分别得到了广东省高级人民法院的裁定维持和最高人民法院的核准。

本来一个普通的刑事案件，却因其情节的传奇性、过程的戏剧性以及公众参与的广泛性，而演变为轰轰烈烈的社会事件，这恐怕是当事人、主审法官乃至许多法律学者始料不及的。这也迫使人们对许霆案，尤其是许霆案涉及的法律问题作一重新审视，可以说，关于许霆案的定性，即使刑法学界内部意见也极不统一，大致有信用卡诈骗罪①、盗窃罪②、侵占罪、无罪③等几种观点，而在盗窃罪中又存在是普通盗窃还是盗窃金融机构两种不同的认识。就本案的定性而言，笔者认为，认定为盗窃罪更为合适。

---

* 本文是中国政法大学校级科研项目“网络空间中传统犯罪的异化趋势及其对策”的阶段性成果。

** 中国政法大学教授、法学博士、博士生导师；北京市顺义区人民检察院副检察长。

*** 中国政法大学刑事司法学院刑法专业硕士研究生。

① 参见刘明祥：《在 ATM 机上恶意取款的定性分析》，载《检察日报》2008 年 1 月 8 日第 3 版。

② 参见王作富：《许霆构成盗窃罪》，载《人民法院报》2008 年 4 月 2 日第 6 版。

③ 参见侯国云、么惠君：《许霆取款行为不应以犯罪论处》，载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版。

一、许霆一案的定性:构成盗窃罪

盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物,数额较大,或者多次盗窃公私财物的行为。对许霆案性质的判定,主要从犯罪构成的四要件,特别是犯罪的主客观方面进行分析。而无论是盗窃罪的主观方面还是客观方面,都与许霆的行为相符合。

(一)许霆的行为符合盗窃罪客观方面"秘密窃取"的行为特征

盗窃罪的客观方面,一般表现为行为人以秘密窃取的方式,将公私财物转移到自己的控制之下,获得对财物的占有性支配,并排除他人的干扰。一般认为,只要行为人自认为采取的是不为他人察觉的方式窃取他人财物——他人包括财物所有者、财物占有者、财物保管者乃至无关的第三人——均不影响盗窃行为的秘密性。秘密窃取财物,是盗窃罪与其他侵财型犯罪相区别的主要标志。质疑许霆的行为是否属于秘密窃取行为的观点认为,许霆"是利用自己真实的信用卡,在公共场合,并采取合法的手段提取的。他使用了真实的银行卡,ATM 机就会记录下他的账号,银行就可以通过他的账号查到他的名字、身份证和住址。这等于他在提取现金时向银行公开了自己的身份。这就不是秘密提取,而是公开提取了。既是公开提取,当然不是盗窃。"[①]笔者认为,"秘密",既是行为人的主观心态,又是行为的客观特征,认定盗窃的秘密性离不开案件事实反映的行为的主客观方面,许霆银行卡中的信息以及留在银行的交易记录作为许霆的身份识别标志,从诉讼法的角度看,都是许霆留在犯罪现场的证据线索,司法机关可以据此顺藤摸瓜查找到犯罪嫌疑人,换句话说,许霆身份对于银行是公开的,但是身份公开不等于窃取行为就是公开的。无论是银行的交易记录还是许霆的身份信息都不足以否认行为的秘密性。还有的观点认为,许霆利用的自动取款机的错误,错在自动取款机而非许霆,并据此否认许霆的行为是盗窃行为。笔者认为,盗窃罪的本质在于非法占有他人财物,随着社会的发展,新的犯罪样式不断出现,新的行为手段不断翻新,但只要符合秘密窃取的特征,都应纳入盗窃罪的范畴。自动取款机的错误固然是许霆行为的外部诱因,然而机器错误只是许霆犯罪的具体情境和必要条件,不是许霆行为的正当化借口。许霆在第一次取款得手后,完全可以放弃后续的取款行为。许霆把握不了机器的错误,但可以把握自己的行为。尽管人性是脆弱的,不过许霆此后的占有欲望已经超过了法律的容忍边界,而成为赤裸裸的犯罪行为。

(二)许霆的行为符合盗窃罪主观方面以"非法占有为目的"的特征

许霆行为所表现出的"非法占有目的"是比较明显的。许霆第一次取款时自动取款机吐出1000 元而卡上只扣了1 元钱,这之间的差额999 元性质上仍当属于民法上的

---

① 侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年1 月20 日第14 版。

不当得利，在拒不退还的情况下，只可能涉嫌侵占罪，然而由于数额较小又达不到侵占罪的犯罪构成标准；但是，从第二次取款开始，以后的行为性质上已经发生了改变，虽然其客观特征与第一次取款无异，但在主观非法占有心理的支配下，最终由事先无过错行为、事后侵占的行为，变成了完全以非法占有为目的、窃取型的犯罪行为。退一步讲，如果以法律的宽容之心来揣度许霆的心理的话，许霆第二次取款或许抱着狐疑之心，不过是为了验证刚才的意外之喜是否是偶然，第三次或许仍然抱着尝试的态度，但是许霆长达 170 次的取款操作表明其主观心态早已发生了跃变，其非法占有目的暴露无遗。许霆此后的潜逃行为也印证了主观上的非法占有目的。

（三）自动取款机是否属于金融机构的思考

许霆属于一般盗窃还是盗窃金融机构，取决于自动取款机的刑法地位。虽然在现实中自动取款机可以看作是金融机构的组成部分，但是，在刑法上并没有明确自动取款机属于金融机构，只能委之于审判解释。广州中院第一审判决许霆无期徒刑是基于将自动取款机作为金融机构的考虑，这一量刑也成为舆论发难的导火索。笔者认为，在理论上根据现有的司法解释，无论如何难以将自动取款机解释出金融机构之外，这是在汉语词汇语义上和通常字义理解上都难以做到的。但是，应当注意到的是，从立法者的本意看，《刑法》第 264 条规定的“盗窃金融机构”主要是指破坏性盗窃金融机构中的现金，包括破门而入、开墙破柜等，还有就是银行内部工作人员的监守自盗。这些盗窃情形的犯罪人往往事先早有预谋，并伴随有银行设施的永久性损坏，给金融机构带来巨大损失，社会危害性严重，因此起刑点即为无期徒刑直至死刑。而许霆案中自动取款机有错在先，许霆虽然盗窃了数额巨大的资金，但是犯罪性质与传统盗窃金融机构所要求的社会危害性程度仍有相当距离，因此，虽然根据目前的立法和司法解释难以将自动取款机解释出“金融机构”的范畴，但是，基于罪刑相适应原则，将所有的自动取款机全部无一例外地理解为“金融机构”，不仅仅在本案中显然使许霆承担了过重的刑事责任，而且忽视了盗窃不同的金融机构和金融机构内部不同财产、处于金融机构内外的不同位置、不同环境下的取款机的危害性差异。

二、问题的提出——关于网络空间的特性的认识

许霆犯罪利用的是银行网络结算和交易系统的错误，银行交易系统的技术故障成为许霆犯罪的诱因，而自动取款机是银行交易系统的终端设备，因此，许霆案也可归入到网络犯罪的范畴中，即利用网络故障实施的犯罪。从法规范的角度看，得出许霆构成盗窃罪的结论并不困难，许霆非法占有的 17 万元属于司法解释规定的“数额特别巨大”，如果考虑到自动取款机这一银行交易终端，以盗窃金融机构判处许霆无期徒刑虽然量刑略重，未必会引起法律学者，尤其是刑法学者的过多疑问。但是，随着案件的曝光，公共舆论的介入，网络论坛的喧嚣、平面媒体的沸腾，以及大量非专业群体的加入，

使许霆案判决的不合理性因素急剧扩大,许霆案件的几乎每一个细节都被重新放在显微镜下加以审视,原审法院被置于公众舆论的以风口浪尖。考察社会民众的看法,不管是情绪的宣泄,还是理性的探讨,我们都可以明显感受到,许霆案引起了国民情感和朴素正义观念的强烈不适,激起了部分民众对司法的不信任感。公众舆论中相当普遍的看法是,在自动取款机出错误的前提下,许霆盗窃被判处无期徒刑属于量刑过重。换成专业术语表述就是,许霆行为的罪责刑不相适应;而如果是某人进入因房主疏忽未关好门窗的房间内窃取巨额资金而被判处重刑的话,民众则未必会有如此强烈的不满。换言之,网络因素和技术因素的介入改变了民众对犯罪社会危害性的看法,因此,笔者更认为,许霆案虽然是一个孤立的个案,但是其折射出的是发生在网络空间中犯罪固有的社会危害性与公众认知之间的巨大差异和鸿沟。这种差异的缘起、差异的表现及对定罪量刑的影响,甚至网络犯罪与现实环境中的犯罪在社会危害性的评价上是否有差别,诸多问题都是我们无法回避的。而这一点,恰恰是许霆案件中最值得关注的一点。

网络犯罪,顾名思义就是发生在网络空间的犯罪或者借助网络实施的犯罪,网络犯罪虽然发生在网络,但是,现有刑法规则和刑法理论仍然对其有规制的必然性,并不能因为犯罪发生场域的不同而逃遁处罚,因为,尽管网络中的信息交换和流动乃至网络本身在本质上就是一连串二进制数位代码,“从表层看,数字化空间似乎展现的纯粹是数字与数字之间的关系。但是究其实质,表层的数字关系所遮蔽的恰恰是深层的人与人之间的关系”。[①] 换句话说,对人与网络关系的关注也就是对人与人关系的关注。网络空间不过是特定行为发生的特定背景,而特定行为意义的完整诠释离不开特定环境。网络空间的犯罪和现实空间的犯罪在规范意义上没有任何差别,都是对某一社会关系和客体的侵害,具有严重的社会危害性,但是两者的最大不同在于犯罪的“物理场景”差异,即网络犯罪之场域有别于传统犯罪,探究网络犯罪与传统犯罪评价上的差异,犯罪的基础平台,也就是网络空间的特性,是我们无法回避的。我们可以归纳出网络空间的许多特性,例如人机交互性、实时性、跨地域性、平等性等,基于行文目的,笔者主要论述网络空间展现出的虚拟性和技术性特征。

(一)网络的虚拟特性

网络空间又称为赛博空间(cyberspace),赛博空间本来是哲学和计算机领域中的一个抽象概念,指在计算机以及计算机网络里的虚拟现实。赛博空间一词是控制论(cybernetics)和空间(space)两个词的组合,是由居住在加拿大的科幻小说作家威廉·吉布森在 1982 年发表于 omni 杂志的短篇小说《融化的铬合金》(burning Chrome)中首次创造出来,并在后来的小说《神经漫游者》中被普及。约翰·佩里·巴娄 1996 年在

① 于志刚:《虚拟空间中的刑法理论》,中国方正出版社 2003 年版,第 433 页。

互联网上发布了《赛博空间独立宣言》(Declaration of the Independence of Cyberspace),宣言宣称,“赛博空间由交易、关系和思想本身构成,它们像一道永恒的波浪,在我们的交流之网上部署着。我们的世界无处不在,又无处可寻,我们的世界不是肉体存在的世界。”①脱离“肉体存在的世界”,点明了网络空间的一个很重要特性,虚拟性。从传统辞源学角度看,“虚拟”义即“不符合或不一定符合事实的,假设的。”②也就是说虚拟和现实相对,是不真实的,它是人观念中的产物。网络时代的虚拟已经突破了传统的虚拟概念,而演变为技术维度和社会维度的双向概念。技术维度的虚拟是指“数字化方式的构成”,是指人类把现实社会中已经存在或还不存在的可能性通过转化为计算机语言而实现的存在。③ 这里的计算机语言不是编程语言,而是指计算机最基础的信息传送方式,也就是二进制的机器语言,由数字“0”和“1”组成的数列代码产生各种各样的组合,深入无限可能的领域,并通过信息转换和符号处理,最终创造出了丰富多彩的虚拟世界和虚拟社会。而对计算机而言,这一切不过是电子元件通电和断电两种状态的无限交替进行罢了。

网络空间社会维度的虚拟性主要体现在三个方面:(1) 空间环境的虚拟性。传统空间是自然空间,由自然界派生出来,人类无论是直接以自然环境为空间,还是间接以自然环境为空间,它都是可以直接感知的物理空间。而虚拟空间在现实社会中是不存在的,虚拟空间是由计算机专家以软件方式制造的人工社会,尽管可以通过电子计算机的显示屏呈现出来,但在直接的意义上,它不依赖于自然,是虚拟的、非自然的环境。(2) 主体的虚拟性。现实社会主体是感性的、生物的人,是实体存在的、血肉丰满的个体,主体间可以直接感知对方的存在,且彼此之间身份是唯一的,张三不可能同时是李四。而网络空间中的主体都是人为创造出来的,不具有身份的独立性。论坛交流用的网名、在线聊天用的昵称只是一个个 ID 符号,可以随着上网者的意愿随意更迭,这些符号和使用者的真实身份是脱离的,使用者不用担心真实名誉的贬损。当然,主体的虚拟性也是相对的,一方面网络监督人员可以通过技术手段查到使用者的真实身份,另一方面某些网络中的“红人”、“名人”也乐于暴露自己的真实信息,再加上近年流行一时的“人肉搜索”,几乎是上网者的隐私无可隐蔽。(3) 社会关系的虚拟性。由于主体虚拟,主体的交往活动自然也是虚拟的。现实社会中的社会关系是确定的、真实存在的,通常不以人的意志为转移。而在“虚拟社会”中,由于环境和主体的虚拟性和不确定性,所形成的社会关系也同样是虚拟的、不确定的。这里的社会关系不同于传统的现实社会中的社会关系。它的存在完全依赖于主体个人的愿望或兴趣,可以任意改

---

① 参见〔瑞〕约翰·佩里·巴娄:《赛博空间独立宣言》,载 http://baike.baidu.com/view/930013.htm。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第二版),商务印书馆 1983 年版,第 1300 页。

③ 参见张昱:《论虚拟条件下主体的生存方式》,载《吉林大学社会科学学报》2001 年第 3 期。

变或终止,这正是“虚拟社会”社会关系的“虚拟性”的突出表现。

需要指出的是,“虚拟”不等同于“虚假”,虚拟空间既不是纯粹的思维活动和观念存在,也不是直接感知的现实空间,而是介乎两者之间,虚拟空间的确切说法应当是人工空间,它没有现实空间的长、宽、高、时间等要素,但却是我们可以认知的空间,虚拟空间和现实空间之间处于一种互动关系,可以预见,随着人类社会的发展,两者的边际界限会越来越模糊,联系也越来越密切。“网络除空间是虚拟的,其他都是实在的”。[1]网络的虚拟性使立足于现实空间的传统刑法规则面临挑战,虽然《赛博空间独立宣言》所鼓吹的网络主权观念、拒绝一切世俗国家和权力对网络世界的“侵犯”、创造完全自由的网络社会等观点[2]实际上是不可能的,但是传统刑法规则介入网络的深度和广度则是不无疑问的,刑法是否要对由网络的虚拟性导致的网络行为的随意性更加保持谦抑的精神和态度也是需要进一步探讨的。

(二)网络的技术特性

网络空间的技术特性是毋庸置疑的,网络的产生、发展都是现代科学技术进步的结晶,网络本身是技术进步的产物。计算机网络就是用通信线路和通信设备将分布在不同地点的多台自治计算机系统互相连接起来,按照共同的网络协议,共享硬件、软件和数据资源的系统。网络空间虽然是虚拟的、人工的,网络空间的建立却是源于实实在在的科技发展。网络由两部分组成,一部分是硬件环境,这得益于现代电子技术和计算机技术。自1946年世界上第一台计算机诞生以来,计算机已经经历了五次革命性的技术进步,最终使个人电脑走进千家万户,为互联网络的飞速发展奠定了基础,网络以电子计算机为载体;另一部分是软件环境,包括互联网基础协议(TCP/IP协议)、拓扑结构、交换方式,作为一般的用户我们是感受不到这些的,我们直接接触的是网络上海量的信息资源、应用软件以及个人计算机的操作系统。技术应用的不断更新、大量新科技的不断涌现,无时无刻不在形塑网络空间,网络也处在不断的变革与发展中。在人类历史的发展过程中,从来没有像现在这样以网络技术为代表的科学技术深入影响人类社会的面貌,改变人类的思维方式。网络空间的技术性决定了,接触网络的人群通常都是经过自我筛选的,即必须具有一定的操作技能才能在网络空间中应付自如。尽管技术成熟度不断提高,网络空间对普通人的门槛越来越低,但是技术能力较低的人在网络空间中的行为能力也是有限的,实际上只可能进行一些基础的操作和娱乐活动,虽然这些活动对满足需要来说绰绰有余。只有那些具有丰富电脑知识和较高技术水平的人才可以在网络中横冲直撞,也更可能进行一些网络越轨行为甚至网络犯罪。

---

① 于志刚:《虚拟空间中的刑法理论》,中国方正出版社2003年版,第2页。

② 参见〔瑞〕约翰·佩里·巴娄:《赛博空间独立宣言》,载 http://baike.baidu.com/view/930013.htm。

探讨网络空间的技术特性除了后文将要提到的对公众认知的影响外，还在于，网络空间中的犯罪行为具有技术依赖性。一方面，网络的存在为一些原本不可能出现或不易出现的犯罪提供了新的犯罪手段、犯罪工具和犯罪平台。原本需要付出巨大体力成本的盗窃金融机构，现在只需要借助一台电脑突破银行交易系统，然后随心所欲地转账，整个过程只是键盘的操作行为；原本要付出巨大风险的煽动分裂国家行为，现在只需要在境外建立一个非法网站就可以向庞大的人群传播反动信息。也就是说，网络犯罪的门槛并不总是高高在上，一旦跨越技术障碍，则很难再进行有效制约和防范。网络空间的技术性反而为国家对网络的监督、对网络犯罪的侦破带来了无形的阻力，网络对某些犯罪分子来说，实在是进行非法犯罪活动的便捷手段。另一方面，网络犯罪者行为的广度和深度，以及行为的目的性都要受到技术因素的制约。如前所述，在虚拟空间中，犯罪能力和技术能力是对等的，没有技术能力的犯罪企图，只是犯意表现罢了。网络犯罪的技术依赖性在黑客犯罪中最为突出。现代互联网和通信技术的发展，用日新月异形容最为恰当，几年前还属于站在时代前沿的尖端技术，今天可能即将被淘汰，犯罪能力和技术进步是此消彼长的关系。技术影响对网络硬件系统和软件环境的制约是根本性的，技术的发展性暗示了技术并不是完美的，必然存在缺陷和漏洞，从理论上讲，只要有足够的时间，世界上没有任何一个计算机网络是无坚不摧的。防护严密即使如美国国防部网络，媒体还是不断爆出被攻破的新闻，因此，试图单纯用技术手段来抗制技术越轨，事实证明是一种代价高昂而效率低下的措施。网络空间的技术特性反而更加呼唤法律规则的全面介入，而刑法作为部门保障法和最后法，自然发挥着不可替代的作用和功能。

三、问题的展开——网络特性引起的公众对网络犯罪的认知差异

对某一类犯罪的漠视和茫然态度并不是普通公众的专利，立法者和司法者同样会陷入类似的误区和境地。从根本上讲，这是由人类理性的局限性决定的，人类的认识水平和认知能力总是落后于实践能力，只有经过反复不断的、大量重复的实践活动，人类才可能首先形成经验认识，其次升华为理性观念，并固化为人类智力和文明的组成部分，而这期间人类又开始了新的实践活动。某一行为的严重社会危害性并不是处罚的理由，只有当单个的偶然的行为成为类型化行为时，立法者才对之作为反应，将其归纳后规定为犯罪。当然，有时候也会进行一些超前立法和预测性立法，来弥补认识能力的不足，从这个角度看，立法者又是敏锐的。但是，当某一类型行为早就被立法机关确认为具有严重的社会危害性，并在刑法典中表现出了强烈的归责欲望时，而普通公众依然保持浑然不觉、甚至观念上与立法者相抵触，我们就需要查找其缘由。因为，虽然犯罪的固有社会危害性并不由公众的观念认识来决定，但是如果公众的这种认识和立法者差距过大，将很难使法律得到严肃执行，也会造成公众对国家司法的不信任感

和抵触情绪,削弱法律的正当性基础。犯罪的固有社会危害性与公众差异之间的冲突在网络犯罪中表现得尤其明显,这里面有公众的自身体验和经验因素的制约。在人们的潜意识中,网络是自由的圣土,网络是一个道德和规则弱化,甚至没有道德和规则的社会,很难想象一个经常在论坛上破口大骂、侮辱他人的人会有网络名誉权的概念,那么认为"网络犯罪"不是"犯罪"也是理所当然的。不过下面笔者要分析的主要是观念冲突的外在因素,特别是由网络虚拟性和技术性导致的认知差异。

(一)传统犯罪的视角形成的对网络犯罪认知的隔阂

任何事物都是绝对性和相对性的统一,事物的性质由其内在规定性所决定,但往往从和其他事物的关系中表现出来,评价的对象和客体,无论是观念性的还是实体性的,都有各自存在的空间和场域,评价主体也不例外。我们对外界事物的评价和感知,都要选取一定的角度,借助一定的参照物,这个参照物在评价和认知过程中充当了标准的角色。公众对网络犯罪的认识,有自己的情感因素和好恶心理,但主要是站在传统空间的场域中,以现实空间中的犯罪带给他们的经验认识和观念冲击为评价的起点,这种角度的选择一般都是自然作出的,因为人类总是习惯选择最为便捷和熟悉的思维方式。这种角度的选择本身没有问题,因为网络空间中的人际交往与人机互动只有对现实空间产生影响才有被现实关照的可能性和必要性,网络越轨行为也只是因为严重侵犯了现实社会的利益关系才引起了法律规则的介入。但是如果普通民众缺乏对网络的亲身体验和知识积累的话,那么对网络犯罪的认识必然是模糊的,公众的网络参与度既是对网络犯罪社会危害性认识不足的原因,又是缝合其差距的根本措施。2008 年 1 月 17 日,中国互联网络信息中心公布了第 21 次中国互联网络发展状况统计报告,报告称截至 2007 年 12 月份中国网民数量达到 2.1 亿人,互联网普及率 16%,2.1 亿的规模相对于 13 亿人的总人口来说仍然是少数,16% 的互联网普及率离 19.1% 的世界平均距离还有差距,互联网普及率最高的北京仍没有超过半数,西部还有五个省普及率不足 10%,而此报告将只要平均每周有一小时以上的上网时间都划入网民行列。① 这些数据表明,尽管互联网络在我国发展迅速,但目前仍然处于较低水平,在落后地区,网络仍然是个陌生事物,网络犯罪对中国普通老百姓而言还是比较陌生的,人们的认识也是模糊的。互联网在普通百姓生活中占有的比重总体而言仍然很小,网络对人民生活方式的影响在各地区参差不齐。因此,"他们对于网上社会运行以及网上生活安全的关注程度比较低,无法像在现实社会中那样关注社会规范的制定和遵守,关注违规行为的社会后果。"②当某一网络犯罪行为受到严厉制裁的时候,心中的差异和迷惑就不难想象了。与网络的距离感为"网络犯罪"人为地增添了一层隔阂和屏障。

---

① 参见佚名:《网民规模:分省网民规模》,载 http://tech.sina.com.cn/i/2008-01-16/17431980189.shtml。

② 刘守芬等:《技术制衡下的网络刑事法研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 17 页。

（二）因网络虚拟性引起的公众认知差异

正如《赛博空间独立宣言》所宣称的那样：

> 赛博空间由交易、关系和思想本身构成，它们像一道永恒的波浪，在我们的交流之网上部署着。我们的世界无处不在，又无处可寻，我们的世界不是肉体存在的世界。你们关于财产、表达、身份、迁徙的法律概念及其关联对我们不适用。这些概念建立在物质的基础上，我们这里没有物质。我们的身份不涉及肉体，所以和你们不一样，我们不能通过肉体的强制来获得秩序。①

由交易、关系和思想组成的网络空间具有天生的虚拟性，网络参与者在网络中能够获得与现实空间截然不同的心理体验，在网络中实现自己的理想和抱负、宣泄自己的情绪，离开网络，每一个人将不得不面对现实。网络诞生之处，网络的虚拟特性曾被大肆渲染，至今仍根深蒂固，应当看到，网络的虚拟性也是相对的，随着技术社会化的深入、技术成熟度的提高、技术应用性的普及，网络与现实之间鸿沟也变得并非不可逾越。在普通人的观念里，对网络虚拟的实在性还存在认识的偏差，认为网络空间里的一切东西都是虚幻的，不真实的，网络是一个无法无天的、没有道德和法律存在的社会，那么网络中出现的所谓“犯罪行为”就是不可思议的事情了。

公众对网络犯罪出现认知差异的另一个原因是，因网络虚拟性造成的犯罪对感官冲击的弱化。现实空间的很多犯罪一般公众是可以亲身感知的，特别是直接侵害个体权利的犯罪，例如，强奸案现场的暴力场景、凶杀现场的鲜血淋漓、交通肇事现场的血肉横飞，都会给人留下强烈的视觉冲击和情感震撼，有些人甚至产生终生的心理阴影，传统犯罪往往能够引起民愤，并成为支持司法的道义力量。公众的感同身受更容易认可现实空间中犯罪的社会危害性，而网络犯罪就不同了。网络虚拟性造就了网络犯罪不同于传统犯罪的表现形式。在网络中，我们最多只能感受到犯罪的后果，却很难看到犯罪的过程，网络犯罪对机器来说不过是一次次电流脉冲信号，对于实施者来说也只是简单的手指动作，犯罪的罪恶、犯罪的过程都隐藏在无可琢磨、“虚无缥缈”的网络中，网络犯罪对人的感官冲击大大弱化，真正的网络犯罪给人的震撼其实是非常小的，这很容易使人对网络犯罪的社会危害性产生错觉，比如目前猖獗的网络盗窃，犯罪分子利用技术手段盗窃网络使用者的网络虚拟财产，虽然受害人感到切身之痛，不谙网络的人往往斥之为大惊小怪、故弄玄虚，但是如果受害人损失了现实财产，一般人可能会立即会对被害人报之以同情。网络空间的虚拟性决定了网络犯罪更多是侵犯社会整体利益的犯罪，几乎不可能出现在现实空间中经常发生的暴力犯罪，如抢劫、抢夺、凶杀等，即便随着网络技术的扩展，网络中也开始出现了诸如虚拟强奸、虚拟杀人等，并被一些国家的判例所承认，但是笔者认为虚拟强奸毕竟不是真的强奸，本质上是个

---

① 〔瑞〕约翰·佩里·巴娄:《赛博空间独立宣言》，载 http://baike.baidu.com/view/930013.htm。

技术行为,和真正的强奸在表现形式上具有截然差别。

(三)由网络的技术性引起的公众认知差异

现代科技的飞速发展,其辐射性、渗透性影响着人类社会生活的各个方面,科学技术成为推动人类发展的第一生产力,技术的作用在人类发展中的地位已经毋庸置疑,技术大大拓展了人类实践活动物理空间,从纳米级别的量子空间到浩瀚无垠的宇宙世界,都留下了人们活动的触角,网络这个人类生活的全新平台也有赖于科技的建构;同时科技也拓展了人类思维的空间和领域,知识的专业化程度提高,每个人只能固守个人的狭小领域,技术本身又成了交流的障碍和壁垒。普通公众对科技的掌握和识别能力是有限的,技术对他们来说总带有几分神秘的色彩,很容易导致对技术的盲目崇拜,一个人如果能够随心所欲地驾驭网络这个技术平台,通常会导致他人的羡慕,网络空间中的犯罪被称为"高科技犯罪",但是犯罪的技术成分丝毫不会使犯罪的社会危害性减弱,反而由于技术的不恰当应用而成为犯罪力量的倍增器,造成更加严重的后果。这在公众对"黑客犯罪"的技术迷信中表现得最为突出。

在相当长一段时间内,公众对黑客犯罪存在认识误区,社会舆论不是对这种严重的计算机犯罪进行谴责,而是热衷于炒作黑客的技术天赋,渲染黑客的传奇经历,绘声绘色地描写黑客的犯罪经历,把黑客包装为"孤胆英雄"、"网络游侠",在舆论的影响下,社会公众除了对黑客犯罪报以惋惜之情外,更多的是嘉许、赞赏其技术能力,黑客通常是具有较高技术水准的网络从业人员,尊重人才的社会整体氛围也无形削弱了黑客犯罪的社会危害性,转移了人们的注意力,导致对黑客行为的社会非难严重不足。有史以来破坏性最严重的病毒之一"CIH 病毒",其编写者是我国台湾地区一位中学生,因该病毒事件而声名大噪的他顺利进入某网络安全公司工作,前途无限,但在他身后留下的是全球计算机网络的巨大损失,仅中国内地就有数百万台电脑因此报废。去年沸沸扬扬的"熊猫烧香病毒"事件,肇事者刚刚被警方揪出来,就有电脑公司声称准备了高薪岗位虚位以待,在舆论的吹捧和不当诱导下,在尊重技术、尊重人才的幌子下,换来的是对网络犯罪危害性的漠视和忽视。网络犯罪,成了某些"有抱负"的黑客的垫脚石和敲门砖,"杀人放火受招安",俨然成了现代黑客发迹的标准路线图,技术成了遮羞布。"而社会公众对于技术型计算机违法犯罪行为较为普遍的看法,实际上是不正确的,黑客并非必然属于计算机天才。现实的情况是,计算机犯罪尤其是黑客并非均像人们所想象的那样,均属于计算机天才或者神童而应当受到英雄般的尊重和待遇。"①

公众对网络犯罪的技术崇拜延伸出来的是,因慑于技术的强势而产生对自身弱势角色的强化认同,并对技术错误进行过分归责。科技的存在是为了造福人类,人类是

① 于志刚:《论犯罪的价值》,北京大学出版社 2007 年版,第 449 页。

科技的支配主体,但是科技本身又是一股巨大的独立力量,科学源于对自然规律的认识和利用,在技术的强势面前,个人通常是感到无助的、迷茫的,并会赋予自己弱势的角色和地位,然后对技术的负面影响过分指责。本质上,技术的迷茫其实是人的迷茫,是人对技术到来产生的心理定位的失衡,在科技发展史上,火车、汽车的产生之初都遭受过抵制,而最终火车、汽车还是融入了人类生活,并成为不可或缺的一部分。网络的商业化普及不过十几年时间,人们面对这一新生事物的心理不适也是正常的,网络越轨行为、网络犯罪以及其他一些负面行为不过是人的恶性在网络中的新表现,是人的过错而非网络的过错。但是无论是网络使用者还是一般人更愿意将原因归于技术理性的傲慢,归于网络的弊端,这无疑削弱了网络犯罪的主观恶性,网络空间成为犯罪本身危害性的替罪羊。网络的技术特性也是造成公众对网络犯罪认知偏差的一大原因。

针对许霆案,我们可以设计两个类似的场景:一是某人进入因地震露出地表的地下金库,轻而易举地拿走17万元现金,二是行人从因交通事故损毁的运钞车毫无困难地提走17万元现金。因为有外部诱因的存在,虽然上面两个行为不如开墙破柜进入银行金库盗窃的主观恶性大,但在老百姓的观念中也很难认为这种行为是不受谴责的、不是违法的,朴素的观念告诉他们不是自己的东西不能拿。而当这个外部诱因是由技术错误造成的,典型如许霆案中的自动柜员机故障,从学界到媒体,以及网络论坛,不乏认为许霆无罪的观念,其中一个重要理由是人性的脆弱,不能期待人在同样情况下抵挡住诱惑,用"人性"强调人的弱势地位,强化公众的悲情意识,来为许霆开脱。笔者认为这种观点是很可笑的,人性的脆弱确实是客观存在的,法律、道德不能对人性有不切实际的要求和幻想,法律应当正视脆弱人性的存在。而所谓法律尊重人性的表现就是为人性设定一个底线,在此底线以下的行为是情有可原的,在底线以上的行为则是无法容忍的。法律尊重人性不等于迁就、纵容人性,人性之恶、人性之伪、人性之劣有时也是我们难以想象的。人贪婪和占有的欲望是没有边界的,任其繁衍、滋生下去最终会摧垮人类社会本身,道德、法律、舆论等社会规范力量本身对人性就有天然的约束力,使社会免遭人性泛滥的侵蚀,并将人性引导到人类发展的轨道上来。就许霆案讲,法律有充分的理由要求许霆抵制住诱惑,不觊觎非属自己的财物,先前的机器错误只是削弱了许霆的主观恶性,是对许霆酌定从轻处罚的一个说得过去的理由,但不是许霆逃脱处罚的遁词。我们从小就受到"不贪便宜,对不属自己的东西不抱有非分之想"等此类教育的耳濡目染,现在却需要用"人性"这样抽象的符号为一个罪犯的罪恶辩解,不能不引起我们的深思。当然,对许霆处以无期徒刑明显使其承担了过重的刑事责任,而5年有期徒刑则明显又矫枉过正,笔者认为对许霆判处10年左右的有期徒刑比较合适。

四、问题的反思——网络犯罪社会危害性的客观评价

公众对网络犯罪认知的偏差是客观存在的,回避或者忽视这一点并不是科学的精

神和态度,普通公众的态度也促使我们反思,网络犯罪的社会危害性真实面目究竟是什么,网络犯罪的危害性是否人为构筑的假象,刑法理论和实践该如何回应公众的质疑。笔者认为应当从已入罪和待入罪的"网络犯罪"两个方向进行思考。

(一)场域不同不会削弱网络犯罪的社会危害性

对于已入罪的"网络犯罪",也就是具有明确刑法处罚依据的网络犯罪,例如破坏计算机信息系统罪、非法侵入计算机信息系统罪、故意制作、传播计算机病毒罪等,要严格依照刑法和司法解释的有关规定进行处罚。这是因为,社会危害性是被称为"犯罪"的行为的一种事实属性,是客观存在的犯罪的本质属性,不会因人们的认识而发生改变。同理,网络犯罪的社会危害性并不因公众的认知差异而削弱,网络犯罪虽然由于空间的不同,具有不同于传统犯罪的外在表现形式,但是其社会危害性不会因载体和场域不同而改变。甚至较之传统犯罪,网络犯罪的危害有过之而无不及。

我国刑法理论一般认为,社会危害性,指行为对刑法所保护的社会关系造成或者可能造成这样或那样损害的特性。① 网络犯罪的处罚必要性,在于其侵犯了现实保护的各种社会关系和利益,"主观恶性与客观危害的统一,就是社会危害性。"②同时,社会危害性也是质和量的统一,社会危害性的质,体现在犯罪所侵害的客体,社会危害性的量,集中反映在《刑法》第 13 条关于犯罪概念的但书规定上,"情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。"而司法实践已经证明,大量的网络犯罪行为,尤其是被刑法类型化和确定化的网络犯罪,在社会危害性的"质"和"量"双维度上都突破了社会能够容忍的底线。

从"质"上看,大量的网络犯罪直接侵害的是国家安全利益,包括国防安全、经济安全、信息安全,以及社会秩序等,网络的虚拟性和无边界特性造成了网络信息流动的异常便捷,海量信息能够在同时释放,如果中间夹杂着虚假有害信息,甚至是别有用心的人刻意捏造的信息,对社会正常秩序的冲击将是非常剧烈的,对此近年来一系列网络公共事件中已露端倪。另外,随着网络防控设施的升级换代,网络犯罪的技术水平也在提高,而且逐渐由个人独自行为变成有预谋、有组织的团伙作案,例如,目前大量出现的网络共同犯罪,这些犯罪活动通常事先经过了精心组织和预谋,其主观犯意并不亚于传统犯罪,网络犯罪的客观危害更是触目惊心,目前出现的网络犯罪行为主要有:技术性破坏,如黑客侵入、计算机病毒破坏等利用计算机实施诈骗、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或企业商业机密等;网上制作、复制、传播和查阅有害信息,如传播黄色淫秽图像、网络恐怖主义等。

从"量"上看,网络犯罪的危害和造成的损失也是巨大的,据国家计算机网络应急

---

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 1999 年版,第 47 页。

② 陈兴良:《刑法哲学》(修订三版),中国政法大学出版社 2004 年版,第 133 页。

处理协调中心估算,网络犯罪形成的黑色产业链年产值目前已超过2.38亿元,造成的损失更是超过了76亿元。来自中国互联网协会的数据显示,2007年上半年,新增计算机病毒样本超过10万种,与上年同期相比增加了23%,其中木马病毒新增数占总病毒新增数的68.71%,高达76 593种。① 如果加上为防范网络犯罪进行的人力、物力资源投入,数字将更加惊人,而由于网络犯罪查处难度大、打击成本高,犯罪基数大,见诸报端的必然只是冰山一角。

网络犯罪具有严重的社会危害性,对此司法者更应该保持清醒的认识,对网络犯罪的处罚要严格遵循罪刑法定的要求,在个案显失合理性的情况下,应力求在法制框架下进行解决,而不应屈从于舆论压力和“群众感觉”,形成事实上的媒体审判。

(二)网络行为入罪化对“公众认知”因素的兼顾

应当看到,公众对网络犯罪社会危害性认知的偏差,其实也是认知的时间滞后性,随着网络应用的进一步普及和法制教育的开展,这种认知差距会逐渐得到弥补。当然,承认网络犯罪具有严重的社会危害性,并不等于刑法理论和司法实践面对公众疑虑而无动于衷,法律是利益平衡和妥协的产物,网络时代的刑法立法和司法实践,既要实现对社会秩序和利益的良好保护,规范网络的健康发展,又要照顾民众朴素的法感情和法态度,至少不过分偏离。对“群众感觉”的兼顾,笔者认为更多地体现在网络犯罪入罪化上,即在将某些网络失范行为纳入刑法制裁范围时,公众的认知水平是一个不能忽视的考量因素,这主要体现在以下两个方面:

1. 刑法对网络行为的包容度

网络最初是以没有法律、没有政府、完全自由的空间的面目出现的,网络的开放性和无拘无束的特性在网络的普及和应用中功不可没,这是技术创新的最初因子。在目前互联网仍在飞速发展的情况下,刑法介入网络的深度和广度都是需要探讨的,法律一方面要保障网络的有序发展,另一方面又要对某些网络失范行为有相对较大的包容度,对某些游走于灰色地带的行为不宜轻易纳入刑法规制的范围。网络秩序的构建,首先应当是网络的自律,自律基础上重塑道德,与其同时完善规范网络的行政法规,在基础规范缺失的情况下刑法贸然进入,说理性不足。还要考虑到网络行为的“期待可能性”问题,一般认为,期待可能性是指在行为当时的具体情况下,能期待行为人作出合法行为的可能性。这里的合法行为,通常也称为适法行为。换言之,期待适法行为的可能性也就是不期待犯罪行为的可能性。期待可能性理论起源于德国,其形成是心理责任论向规范责任论转变的历史过程。② 作为大陆法系国家刑法中颇具特色的一个理论,它旨在国家、社会利益和个人利益发生冲突时,出于对脆弱人性的相对尊重,适

① 参见佚名:《网络犯罪造成的损失已逾76亿》,载http://tech.163.com/07/0830/00/3N3SSB95000915BF.html。

② 参见陈兴良:《期待可能性问题研究》,载《法律科学》2006年第3期。

当地倾斜和保护个人利益。对此，日本学者大塚仁教授曾经对期待可能性理论作出过以下恰当的评价："期待可能性正是想对在强有力的国家法规范面前喘息不已的国民的脆弱人性倾注刑法的同情之泪的理论。"①期待可能性理论是大陆法系国家独有的，我国刑法并无期待可能性的位置，这里只是借用其思想。在没有明确的网络规范情况下，网络参与者是否有能力判断其行为的适法性，应当是刑法介入前必须要考虑的，比如裸聊行为，在当事人很难有判断依据的情况下，刑法乃至行政法规都应当慎重对待而非轻言处罚。

2. 网络环境刑法谦抑精神的运用

谦抑性原则，又称必要性原则，指立法机关只有在该规范确属必不可少，没有可以代替刑罚的其他适当方法存在的条件下，才能将某种违反法秩序的行为设定成犯罪行为。网络环境中的刑法谦抑性，既是人权保障的主动追求，又是刑法技术滞后性的必要反应。刑法作为一种规范性调整手段，其产生具有滞后性，"通常情况下，刑法本身的发展必然落后与技术的发展，社会总是等技术的普及和应用已经达到一定程度，其扭曲使用已对社会产生一定的损害，出现无法解决的问题时，才制定并借助于刑法来解决问题。"②刑法规范的不是独立的、偶然的行为，而是某一范畴的行为，这种行为出现的频率以及造成的危害能够抵消刑法成本，刑法才有进行处罚的必要，某些网络失范行为虽然社会危害性比较严重，但不足以用刑法进行制裁；反之，刑法处罚某一行为的不恰当、不公正并不必然反映刑法规定的不合理，因为刑法着眼的是类型性行为，着眼行为的共性，这必然会牺牲行为的个性色彩。对于某些已经达成共识的严重网络犯罪行为，比如黑客犯罪等，刑法应当严厉打击，而对一般的网络失范行为和越轨行为，刑法则不宜过早介入，以求得法律效果和社会效果的统一，形式合理性和实质合理性的统一。

---

① 参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第245页。

② 赵秉志、于志刚：《计算机犯罪以及立法和理论之回应》，载《中国法学》2001年第1期。

实践法律思维的构造

——以许霆案为思考契机

雷　磊*

一、许霆案:临界案件的意义

很长一段时间内引得大众媒体与各家法学者热议的“许霆利用 ATM 机技术故障涉嫌窃取金融资金案”(以下简称“许霆案”),随着 2008 年 8 月 20 日最高人民法院核准裁定的作出而尘埃落定。但一石激起千层浪,由此案引发的对现有法学理论自身的有效性,及法学与实践之间张力关系弥合的思考,却远远没有结束。① 首先要交代的是,本文并不意图对许霆案所引发的法律(法治)问题进行全方位的反思,而仅仅关注案件的方法论意义。笔者认为,这一“内部视角”是可取的,因为无论如何,法学最基本要义即在于为司法实践提供教义学武器,从而在整体法治环境、法律制度与立法规定尚未改变的前提下,利用现有的规范资源与方法技术,尽最大可能实现个案裁判的正当性这一司法的根本追求。而且从长远看,或许这样一种通过“个案—学说”积累的渐进式发展模式对于法治的整体进程更为稳妥与有益。

无疑,许霆案属于“临界案件”(borderline case)。② 谓之“临界”,是指其处于各种法律判断的边界地带,从而难以在规范系统中找到自己的精确定位。许霆案的规范定位可以在三个层次上加以探讨,即罪抑或非罪、盗窃罪抑或非盗窃罪、一般盗窃罪抑或盗窃金融机构。

---

* 中国政法大学 2007 级法学理论专业博士研究生。

① 比如,许霆案引发的法律问题包括量刑程序的公开性与透明度、立法规定的滞后与不同罪名间量刑幅度缺乏可比性、各级司法机关及司法机关与党政机关的关系、法院与媒体的关系等。对此可参见《许霆案的法治标本意义》,载《南方周末》2008 年 3 月 28 日;陈瑞华:《我们从许霆案中反思什么》;十年砍柴:《脆弱的民意 虚假的胜利》,载《南方周末》2008 年 4 月 3 日。

② 法学上所说的“疑难案件”可以分为法律适用上的疑难案件与事实判定上的疑难案件,笔者将临界案件界定为前者。关于疑难案件的判断标准,相关的文献可参见季涛:《论疑难案件的界定标准》,载《浙江社会科学》2004 年第 5 期。

事实上,第一个层次与第二个层次的判断是同时进行的,因为,如果认定许霆的行为不是犯罪,这就不发生第二层次的判断问题;一旦认定其构成犯罪,在逻辑上就与其构成何种犯罪是同时成立的。也就是说,许霆的行为只有符合某一种犯罪的法定构成要件,才发生"其行可罪、其罪可罚"的判断。① 因此,关键在于能否将许霆的行为归到某种罪名之下。刑法谚语有云,"无行为,则无犯罪。"认定许霆犯罪,并承担刑事责任的依据只能是他自己实施了犯罪行为。同样,从轻、减轻处罚也不能从许霆以外的人身上找依据,而只能依据其行为的社会危害性和其自身的主观恶性和人身危险性。以下分三点分析:(1) 许霆作为精神正常的成年人,具备完全刑事责任能力,能够辨认和控制自己行为的性质和后果。(2) 主观上,具有非法占有的目的,并且明知自己的行为会给社会造成危害结果,而追求这种结果的发生。这种"非法占有的目的"亦是通过其行为表现出来的。许霆在第一次取钱时出乎其意料地取出了1 000元,随即发现其账户只被扣除了1元,此时他已经发现ATM机存在故障。如果说第一次行为构成不当得利的话,那么在随后在三个时间段内170次指令取款,时间前后长达3个小时,直至其账户余额仅剩1.97元为止,然后携款逃匿,其取款的方式、次数、持续的时间以及许霆关于所取财产为银行资产的清醒认知均表明其主观上具有非法占有银行资金的故意。(3) 客观上,违背合法占有人的意志,采取自认为不为管理者察觉的方法秘密将他人控制之下的财物转为自己控制之下,致使公私财产权利遭受侵犯。本案中,许霆以自认为不为银行所知(其当庭供述取款时"银行应该不知道"、"机器知道,人不知道")的方式"取款"(事实上也没有被银行及时发现),只是事后被银行通过技术手段查知。许霆的同案犯自首供述许霆的犯罪事实,以及自动取款机在"取款"时对许霆身份的识别,都不影响对转移资金行为的秘密性。② 许霆的行为完全符合盗窃罪的主客观要件,一审法院在定性上是不存在问题的。

真正的困难在于第三个层次,即许霆的行为构成一般盗窃罪还是盗窃罪的加重情形(盗窃金融机构)?此案最受争议之处也在于此:如果像一审那样按照盗窃金融机构定罪处罚,许霆最低也会被判处无期徒刑,这直接与人们的"法感"(Rechtsgefühl)或"公平感"、"适当感"发生严重冲突。因为按照《刑法》第264条第1项:盗窃金融机构,数额特别巨大的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。而《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第3款规定,个人盗窃公私财物价值人

① 有一种观点认为,本案无论从许霆的行为还是社会效果上看,都应按照犯罪处理,但"定什么罪是个技术问题"。这种典型的中国式"性"、"量"分离观无疑违背了罪刑法定的要求。具体的批判参见陈瑞华:《我们从许霆案中反思什么》,载《南方周末》2008年4月3日。至于对许霆不构成犯罪及构成盗窃罪之外的其他犯罪的各种理由的反驳,并不是本文的主旨,因此略而不谈。一个精彩的分析可参见高翼飞:《对许霆行为的罪与罚的探讨》,载 http://www.law-star.com/cac/105012289.htm。

② 行为的"秘密性"构成了盗窃罪与其他犯罪(如诈骗罪)的主要区别。秘密性的认识标准(主观认识)、时间标准(行为时)、识别标准(行为而非身份)是判定案件的关键。

民币3万元至10万元以上的,为数额特别巨大。较为激进的“外部立场”主张,根本的措施在于修改刑法典和(或)司法解释,将ATM机排除出金融机构的外延和(或)提高“数额特别巨大”的认定标准。笔者并不否认这种措施的可行性,但问题在于,一方面,以个案推动修法所带来的对法的稳定性价值的损害及立法成本考量是否值当。另一方面,更为重要的是,立法永远无法无遗漏地规制生活关系的各个“殊相”,规范与事实永远存在着张力关系。而在面对既有的实在法规范与个案的特殊性时,法官又无法免除正当裁决案件这一根本义务。也就是说,法官以及以法官视角作为出发点的法教义学必须说明,为何许霆能够有合法依据地不被判处无期徒刑。由于司法解释规定的数额标准不具有可缩张的可能,可能的思路就剩下两种:一是仍然判定许霆构成盗窃金融机构的同时寻求特殊的程序性补救渠道。再审判决正是这样做的,通过诉诸《刑法》第63条第2款,“根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准”,在法定刑以下判处刑罚(5年)。但问题在于,一则,依照教义学通说,所谓“特殊情形”指的是国防、外交、民族、宗教等政治上的原因[①],本案并不具格;二则,鉴于程序的复杂性与最高法院人力的有限性,大多数想打通“特殊渠道”的案件都中途折返。[②] 如此一来,能否走特殊渠道就成为可选择的,媒体的关注度很大程度上就成为这种选择的主导性因素。本案中,(按照常识推断)正是媒体的关注而非许霆的行为本身构成了“特殊情况”,而相比云南的何鹏案正由于缺乏媒体的关注而丧失了“特殊性”。可见,这样的做法必然无法成为司法裁判的常态,也难以避免法外因素的不当干扰,而造成“同案不同判”的后果。如此,我们只能寻求第二种做法,即运用方法论技术,直接判定许霆不构成盗窃金融机构罪,而只构成一般盗窃罪。此时,论证的重心就转移到ATM机与金融机构的关系上。刑法典与最高人民法院的司法解释都没有对金融机构的外延进行精确的划定。[③] 这实际上将正当性证立的负担交给了承担个案裁判义务的法官。但是,也正在于此,角色的不同造就了判断方式的不同:对于立法者而言,需要脱离具体时空的因素,而制作更为普遍的与一般性的立法规范;对于法官而言,则只需要对当下案件作出法律上的定位,即个别的法律判断,尽管其可能产生类型化的意义。因此,在本案中,法官只需要判定“本案情形中的ATM机是否属于金融机构”即可,而无需作出“ATM机是否属于金融机构”的一般性判断。当前的许多相似讨论实际上都陷入了后一种误区。更为深层的是,讨论方式的不同事实上反应了法律思维模式的不同。而许霆案最为重要的方法论意义在于,我们在适用规范解决个案时,必须破除脱离具体时空条件的概念思维,而运用与个案的具体情形与行为特征相关的类型思维。为此,我们有必要对这两种思维进

---

① 参见陈忠林主编:《刑法总论》,高等教育出版社2007年版,第273页。

② 阮齐林教授指出了这一点。引自赵蕾:《许霆改判 刑随谁变》,载《南方周末》2008年4月3日。

③ 《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条只规定了金融机构管理的哪些资金属于盗窃金融机构罪的犯罪对象,而没有对“金融机构”本身进行界定。

行一个总括性了解。

二、概念思维与类型思维

(一)概念思维的产生及其特点

概念思维的产生与概念法学本身的发展休戚相关。罗马法学家盖尤斯(Gaius)所整理的《法学阶梯》可以被视作概念法学的前身。在17、18世纪,由笛卡儿(Descartes)、斯宾诺莎(Spinosa)、莱布尼兹(Leibniz)等人倡导的理性主义法学对专业化的概念法学新方法的产生影响重大。其中尤为值得一提的是克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff),他在探求自然法的语句方法方面将逻辑合理主义发挥到了极致:通过一种逻辑封闭体系,从最高的公理一直到最小的细节,所有的自然法语句都应该依照无漏洞的演绎方式推论出来。他的主要著作《自然法》甚至以"依几何学的方式来说明"为目标。故此维亚克尔(Wieaker)认为沃尔夫堪称概念法学的创始者,支配着一直到温德沙伊德(Windscheid)为止的学说汇纂学派。① 此外,康德(Kant)试图从抽象的价值形式推导出整个法律体系的努力,以及他对体系一致性思想的高度强调,都推动了19世纪概念法学的发展。

在继受哲学与法学研究成果的基础上,萨维尼(Savigny)的历史法学成为近代概念法学的先驱。萨维尼将"历史"与"体系"的方式相接合,认为在历史中逐渐形成的实在法有一种"内在的理性",这种理性促成实在法的统一及关联,只有体系化的法学才能发现之。② 这种体系是以法律制度与法律规则为中心的有机统一体,其中作为整体的制度只有在直观中才能被把握,而概念思维则可用来把握必然抽象的法律规则。因此法律思维是一个在直观与概念之间持续地居间协调的活动。其弟子普赫塔(Puchta)忽略了前一方面,却将概念论发展到了顶峰。普赫塔采纳了一条抽除特殊性的抽象普遍概念方式,概念体系根据形式逻辑构成金字塔(Begriffspyramide),从上而下,各层渐渐失去素材内容,但获得更高的抽象度。在顶端是最普遍的概念,所有其他概念都可以涵摄于其下。③ 甚至早期的耶林(Jhering)也鼓吹"概念的自我配对与自我生产"④。温德沙伊德延续并坚守了萨维尼以及普赫塔的基本见解,且将法学概念作为数学因素进行计算的结果,信心十足地对概念分析、抽象化和逻辑体系化进行运用,完成了对《德国民法典》助益巨大的《学说汇纂教科书》。⑤ 学说汇纂法学更加重视制定法的作用。

---

① 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔:《现代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第316页。

② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第49页。

③ 张清波:《法学方法论前史》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期。

④ Rudolf von Jhering, *Der Geist des Römischen Rech*, I, S. 29,40.(Einleitung,),转引自吴从周:《从概念法学到利益法学》,台湾大学法律研究所博士论文(2003),第22页。

⑤ 参见〔德〕格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第452页。

也因为《德国民法典》的深远影响,概念思维最终成为法典立法与适用的主导性思维。

概念思维的内涵虽然有其自身的历史变化的过程,但从法律适用的角度而言,大体呈现出如下几个特征:(1) 抽象演绎性。概念思维是对法律欲调整的社会关系的高度抽象,而通过演绎的方式将具体的案件事实涵摄于规范之下,注重形式主义与演绎推理,其典型推理形式为三段论(symllogism)。逻辑在其中起到了举足轻重的作用。其适用目标如自然科学一般,即追求推论结果的真值(truth)与必然(apodictic)。[①] 只要小前提与大前提的假定条件(以概念归属的方式)吻合,即可认为其判断结果为真。尽管我们可以认为,法律概念与规范在建构时已然包含了立法者的一定的价值判断,但是在个别案件中适用概念时,不需回溯到评价性的观点,而径以涵摄的方式即可确定案件事实的存在。也就是说,在适用概念时,概念要素存在与否的问题可以完全取代评价的问题。所以至少在"理性的情况"下,概念涵摄是一种价值中立的思考过程。[②] (2) 封闭性。概念以各个要素构成,这些要素绝对不可或缺且具有同等重要地位,它们的相互结合构成了一个封闭的范畴。也就是说,只有同时具备这些要素时,才可将案件事实涵摄于此一概念之下;而只要不具备其中的一个要素,涵摄就无法进行。要素之和构成了概念的充分必要条件。这种方式隔绝了概念与概念间可能的联系与交融,将整个世界划分成可清晰界定的不同部分,不属于此概念,就属于彼概念,概念与概念之间是断裂和跳跃式的,不存在所谓的过渡样态。这是一种非此即彼的"分离式"思维。也正因为概念可以被分解为各个要素,故而概念可以被精确地定义。(3) 体系性。概念与概念之间是以体系组织结构被联结在一起的,这是一种具有上下位关系的立体结构。相应的,由规范的层面观之即构成一个有序的整体:在纵向方面,法律规范依据效力与隶属关系形成序列;在横向方面,它们则针对不同的社会事实归于不同的谱系,两者交互形成规范体系。[③] 这种严密的"概念—规范"构造使得案件事实可以在体系中找到严格的位置,在适用顺序上则表现为由下位概念开始向着上位概念追溯的过程。下位概念内涵相对具体,外延较为狭窄,因而可适用性强,适用的频率大。而只有当下位概念无法涵摄案件事实时,才去寻找上位概念。必须指出的是,与体系化观点相伴随的是对于"法律体系无漏洞"观点的崇信。在制定法中未规定的,就认为属于法外空间,以任何方法来对其加以填补都是不允许的。[④] (4) 静态性。概念思维只考虑概念与对象之间的涵摄关系,而不考虑对象本身所处的特定条件。在这种思维看

---

① 有关逻辑可以得出真(必然)的结论,参见 Jerzy Stelmach and Bartosz Brozek, Methods of Legal Reasoning, *Springer-Verlag*, 2006, p. 114.

② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 49 页。

③ 参见韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 53 页。

④ 参见〔德〕阿图尔·考夫曼:《类推与"事物本质"——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 7 页。

来,无论是概念还是概念所可能指涉的对象,都是一种脱离了具体、个别的环境与关系的抽象实体范畴。我国台湾学者颜厥安将其称做"物品思维"。这种思维的倾向,是以"概念"锁定特定的对象,来调整决定"对象"的意义包含范围。这种思维的操作特点,就是设法寻求某种设定为该概念的"描述标准"(descriptive criteria)。[①] 对于这种描述标准的界定式思考,比较典型的如哈特(Hart)关于"核心地带"与"阴影区域"的划分,及拉伦茨(Larenz)以"可能的字义"界分法律解释与法律续造的做法。以语言哲学的区分来看,概念思维属于语义学(概念分析)的方法。总体而言,概念思维的基本操作方式在于要素提取、逻辑涵摄与形式推导。

(二)类型思维的产生及其特点

类型思维产生的一个直接诱因是对于概念思维(法学)的反思。虽然早期的耶林曾经拜倒在概念法学的光晕之下,但也正是他首先展开了对这种"不及物"的思考方式的猛烈抨击。在《罗马法的精神》第4卷,耶林明确反对"把法学上升为一门数学的逻辑崇拜"[②],指出"生活并非因为概念而存在,而概念却因为生活存在"。此后,卡尔·阿诺德(Karl Arnold)、弗朗茨·阿迪克斯(Franz Adickes)、古斯塔夫·吕默林(Gustav Rümelin)等人提出用"生活"、"目的"等概念来改造旧有思维的主张。[③] 这些零星的思想在20世纪初汇成一股潮流,即利益法学派。后者代表有菲利普·赫克(Phillip Heck)、海因里希·施托尔(Heinrich Stoll)与鲁道夫·米勒-埃茨巴赫(Rudolf Müller-Erzbach)。赫克认为,法律的元素有三个,即法律命令、利益与法律概念。法律命令先于概念的形成及其序列,而它又来自于生活的实际需要和对生活的评价和调整。每个法律命令决定着一个利益冲突。法律是那些为了得到法律共同体承认的利益相互斗争的结果。总之,利益及其评价是法律的一般基础和起源。[④] 因此,司法裁判应当优先致力于研究和评价各种相冲突的利益。这样一种以利益评价为中心的法律理论已经蕴涵着类型思维的萌芽,因为类型思维也即意味着对利益作类型化的评断。

另一个更为重要的原因来自类型理论自身的发展。"类型"一词来自于希腊语。在19世纪后半叶的德国,类型作为专门用语同时被使用在自然科学领域(模型、种类)与人文社科领域(典型)。在社会科学领域,韦伯(Weber)首次引入类型观念,提出"理想类型"的概念。格奥尔格·耶利内克(Georg Jellinek)则将类型运用于一般国家学。在逻辑学领域,20世纪30年代,海姆佩尔(Hempel)与奥本海姆(Oppenheim)批判了传

---

① 参见颜厥安:《由规范缝隙到规范存在——初探法律论证中的实践描述》,载《第二届法学方法论论坛全国会议论文集》,华南理工大学出版社2007年版,第7页。

② Rudolf von Jhering, Der Geist des R? mischen Rechts, 3. Teil, 3. Aufl., Leipzig 1877, S. 311-31,转引自舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈"论题学法学"的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期。

③ 具体内容参见吴从周:《从概念法学到利益法学》,第119—121页。

④ Max Rümelin etc, *The Jurisprudence of Interests*, Translated and Edited by M. Magdalena schoch, Harvard University Press, 1948, pp. 33—34.

统逻辑下分类概念的缺陷,提出了新的方法论思维——秩序概念。他们的类型理论逐渐影响到各个领域,引发了类型学的复兴。法学家拉德布鲁赫(Radbruch)首先将此理论导入法学领域(《法律思维中的分类概念与秩序概念》),以解决法律安定性与个案正义之间的紧张关系。他认为生活现象总是具有“或多或少”的模糊地带,概念(分类概念)却要求作出非此即彼的判断,这种分离式思维足以“瓦解并败坏生活现象的整体性”。反之,类型(秩序概念)因模糊的边界而相互过度,是一种显示“事物本质”的思维方法。20 世纪 60 年代后期,涌现了诸如沃尔夫、恩吉施(Engisch)、拉伦茨(Larenz)、考夫曼(Kaufmann)一批类型论的大家,先后提出从概念法学到类型法学的范式转向。之后,哈斯默尔(Hassmer)、莱嫩(Leenen)、库仑(Kuhlen)等第三代学者在吸收第二代学者类型论的基础上,在法理论与方法论层面构筑出了更为精致的类型学说。①

与概念思维相比,类型思维在法律适用方面具有以下几个优点:(1) 具体性。类型思维是对社会生活关系的直观把握,而社会生活关系是具体的,因此类型有别于对生活的逻辑抽象,比概念更接近现实。但同时这种具体又有别于个别,因为只有在可比较的个别事物范围内才有类型,它的存在以个别事物的区别为前提,因而决非是对特殊性的简单复述,而是在区别中对个别的整理和普遍化。可以说,类型思维处于概念思维与个别思维的中点。它注重目的解释与价值评价,追求的是裁判结果的正当性(rightness)与可能(probable)。也就是说,类型的思考总是维持其与指导性观点之间的联系,因为所有被考量的因素都取向于促成类型整体的中心价值,它是一种价值导向的思考程序。② 而正因为价值评判的相对性,类型思考的结果总是可辩驳的、似真的,向着未来的司法实践开放,而不具有自然意义上的真假值。类型思维要求在法律适用时采纳一种“等置模式”:案件与规范只是方法过程的“原始材料”,二者处于不同的范畴领域中。规范属于抽象普遍的定义的当为,案件随着它无尽的众多事实则属于未经细分、无定形的存在。二者的归类,只有当规范随着经验,以及案件随着规范性积累增加时才有可能。③ 这就需要规范的具体化与案件事实的抽象化(通过“解释学循环”)同时进行,直至两个层面达到结合点。从另一个角度看,这也是一个“类型比较”的过程。所谓类型比较,是指对系争案件是否应涵摄于某一法律概念产生疑问时,将该案件与属于“概念核心”的典型案件加以比较,然后在一定的观点之下判断该案件与典型案件的偏离是否重大,是否应作等同评价,以决定是否适用该规范。④ 如果我们将系争案件与典型案件的距离值设定为[0 ~ n],则 0 代表两者完全一致(相当于概念涵摄),n

---

① 参见顾祝轩:《合同本体论解释——认知科学视野下的私法类型思维》,法律出版社 2008 年版,第 121—124 页。

② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 101 页。

③ 〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 136 页。

④ Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 4 Aufl. Müchen, 1985, S. 65.

代表两者的差别无限大使得无法作等同评价。m 表示 0 与 n 之间的某个点,偏离处于[0 ~ m]时表示两个案件属于同一类型,可以类推适用既有规范,偏离处于[m ~ n]时则不能。当然,m 只是一个大致的界限,需要在个案中加以论证。(2) 开放性。类推思维的开放性体现在三个方面:其一,内部的亚层次性。一个类型内部可能会存在无数的层级次序。比如在"红色"这一类型中,会有大红(中国红)、玫瑰红、紫红、橘红等不同程度的红色亚层次。其二,边界的不确定性。由一个类型到另一个类型之间存在模糊的边界地带,呈现"流动的过渡"状态。因而类型又称做"比较式的次序概念"。其三,组成分析的不固定性。类型可以允许各种要素的组合,从而形成"具有弹性结构的特征之有机组合"。一个案件是否能被归于某一类型,端看该案件所具备的各个要素是否从整体上符合该类型。① 因此在这种思维中,各要素的重要性是相对的,它并不关注单个的要素,而注重要素构成的整体性形象。在这种直观式的观照下,类型思维考查的重点是典型案件与系争案件是否具有"意义同一性"(Gleichsinnhaftigkeit)。也即是说,它们在法律所关切的要点上有相同之处,而其不同之处就法律的主旨看来无足轻重,以至于二者在法律上具有完全相同的意义。这是一种规范性认识意义上的相同性,而非"由外部观察到其有达到某种物理程度的相似性"②。因此,类型具有流动性和极大的弹性,在适用上是"或多或少"的,如何适用和能在多大程度上适用某一类型需要根据具体情境来决定,这是一种"归类式"思维。(3) 平面性。从某种意义上说,类型思维是反体系的,它并不意图建构出一种"类型体系",也不有意去型塑整体的价值秩序,而只是从某一种中心观点出发,向外吸附各种案件事实。这样就使得规范在某种程度上被平面化了。另一方面,类型思维肯定法律漏洞的存在,主张通过类比来"评价性地建构命令"(赫克语)。(4) 动态性。与脱离了具体时空条件的静态物品思维相比,类型思维强调的是在一种具体的历史情境中对规范的把握。需要认识到的是,任何规范(及规范中的概念)都无可避免地与立法者当时所处时代的诸多相关条件或周边体制、观念、科技水平等社会条件相关联。随着立法时刻与裁判时刻时间间隔的发生,规范的概念指涉也必然需要具备对于社会经济历史变迁的"敏锐度"。③ 也就是说,对于当下案件能否适用既有的规范,需要考虑案件所处的特定时空条件,而不能拘泥于概念静态的内涵与外延。如果两者的差异过大,就不能否认为属于同一种类型,也就不能适用规范。此外,笔者认为,这种特定时空条件也包含了规范所指涉的行为人在具体情境中的行为,因为正是在与客观社会条件与人的行为的关联中,类型才找到了自己的真正定位——"关系性的品格"。这也可以说明,为什么概念上被认为是同一

① Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin, 1971, S. 35.

② 参见林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 93 页。

③ 颜厥安:《由规范缝隙到规范存在——初探法律论证中的实践描述》,载《第二届法学方法论论坛全国会议论文集》,华南理工大学出版社 2007 年版,第 8 页。

的物品（如“刀”），在不同的情形下会归属于不同的类型[用来切菜（厨具）与用来砍人（武器）]。类型属于一种关系性范畴同时也说明了类型是一种实践概念。所以，只有通过一种动态的实践描述，我们才能确定是否能适用某个既定规范。

（三）许霆案中类型思维的运用

许霆案的临界性质决定了它无法用一种概念涵摄的方式来加以裁判。针对“在本案中 ATM 机是否应被认定为金融机构”，相应的许霆的行为是否应被认定为盗窃金融机构这一问题，如果以类型思维来加以把握，则可能需要从以下几方面加以分析：

1. 立法当时社会条件之考察。根据对 1998 年 7 月 29 日中国人民银行《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》的解读，金融机构包括银行、信用社、信托投资公司、财务公司、融资租赁公司、典当行等机构，也包括虽未冠以上述名称，但实际从事业务的机构。应当承认，从物理构造与功能关系的角度讲，ATM 机为上述金融机构（事实上主要是银行）的附属设施，是一种为了交易的便捷与效率而出现的现代化手段。但是可以想见，在刑法典颁布的 1997 年与司法解释制定的 1998 年，ATM 机尚属新鲜事物，并不像如今这般遍街林立。故此无论是立法者还是规范性司法解释的创制者，都没有充分将 ATM 机考虑进金融机构（及其附属设施）的范畴，即存在一种“立法意思的阙如”。立法当时与当下社会条件的差距决定了，法官即使将 ATM 机排除出金融机构的范围也不会违背“立法计划之圆满性”。

2. 类型比较。《刑法》第 264 条第 1 项之所以将“盗窃金融机构，数额特别巨大”与“盗窃珍贵文物，情节严重”并重，是因为一方面，金融机构与珍贵文物价值高，容易成为盗窃的对象；另一方面，两者都具有“抢劫容易、盗窃困难”的特点。也就说是，金融机构和放置珍贵文物的场所往往采取比其他地方安全指数高得多的保安措施，要实施盗窃比一般盗窃甚至于抢劫更为困难。为了成功完成这类盗窃，行为人必须采取充分的准备措施，具有较完整的犯罪计划以及实施周详的步骤。也因此，这类盗窃行为所反映出的行为人的主观恶性与社会危害程度也比一般盗窃要大。盗窃金融机构的典型案件有，钻孔打洞进入银库或其他存放金融资金的场所实施盗窃、利用高科技手段侵入银行计算机系统篡改数据转移资金、银行内部员工利用职务或工作便利盗窃资金，等等。许霆案所呈现出的特征与这些典型案件存在着很大的距离，以至于不能将其归入“盗窃金融机构罪”之下做法律上的等同评价。

3. 许霆案的特殊性。与上述典型案件相比，许霆案至少具有下面三个特殊点：(1) 其行为对象为一台出技术故障的 ATM 机。ATM 机的正常功能为在持卡人输入与信息系统中记载的身份信息相符合的密码时，在法定额度内提供与持卡人输入的数字相符的金额。而在本案中，作为交易媒介的 ATM 机由于技术上的故障，使得输出的交易款项远远高于输入的数字。可以说，ATM 机的技术故障是非法取款行为发生的客观诱因。尽管这种诱因不具有决定性，但是在作出法律评价时亦应当考虑 ATM 机的个

别的非正常状态与普遍的正常状态的区别对待。(2)许霆的犯罪意图具有即时性。在本案中,与通常情形下盗窃金融机构的行为人有预谋、有计划地实施盗窃不同,许霆原本并无利用ATM机进行盗窃的意图,只是在第一次取款发现异常后,一时贪念发作,重复操作以获得无权占有的金融资金。这种犯意的片刻性决定了其主观恶性与人身危险性要远远小于那些实施典型的盗窃金融机构行为的行为人。(3)许霆转移金融资金的手段"合法"。许霆所采用的盗窃手段与那些典型的侵入性、破坏性手段有着很大不同。他在身份信息能够被银行正常识别的情况下,利用外观"合法"的操作手段——输入密码、数额、提款这一系列举动,"和平"地转移资金。在此我们可以设想另一种案件情形:某行为人于夜深人静之际用工具撬开一台街边的ATM机(可能发生故障),将机内的款项卷走。这样一种情形处于典型案件与许霆案之间,在手段上更接近前者。以此为比较的中间点,可以发现许霆所采取的手段危害性要小得多,也说明了其社会危害性要小得多。

之所以将以上三点列为判断"本案中的ATM机是否应被认定为金融机构"的依据,是因为根据类型思维,我们并不将ATM机视作一种固定不变的客观实体,而是看做与个案的客观条件与行为特征相连接的关系性范畴。而在这种关系性范畴中,法官所关注的是个案中的ATM机在法律评价上的意义(能否与金融机构等同视之),而不是其普遍的物理意义(究竟是否属于金融机构)。这也说明了为什么同样是ATM机,在许霆案中与在我们上面所设想的情形中不应作同一的法律评价。ATM机具有技术故障这一客观条件,许霆行为的即时性与和平性,都说明了与本案的特殊条件与行为特征相关联的ATM机不能被视作金融机构。因此许霆的行为构成一般盗窃罪。

尚需再次强调的是,无论是法官的角色还是临界案件的特殊性要求都决定了,不当对"ATM机是否属于金融机构"作出一个一般性的判断。也就是说,许霆案的结论仅仅具有个案的效力。从另一方面看,法官的这种审慎(具体而不一般化)也是与个案裁判的正当性取向相吻合的,因为如果一般化个案的解释力,就极有可能反过来排除掉原本不应被排除的规范适用范围。这同样是符合类型思维的实践性的。

三、实践法律思维的复合性

虽然类型思维的运用可以解决相当一部分的临界案件,但是我们从来就不应当将其置于法律适用的总体性思维的高度。相反,对于绝大部分案件(简单案件)而言,概念思维仍然是首要的思维方式。这至少是出于以下几方面原因:第一,司法的"适用品格"。这决定了法律适用的过程永远无法绕开实在法的约束。无论是否与我们的道德评价或价值判断相一致,我们必须将实在法作为必要的工作平台,并按照"法律共同体"之专业技术的要求,来逻辑地表达为法律共同体甚或整个社会均予认可的意见和

问题解决的办法。[①] 既然我们的法典是按照概念体系的方式被构造出来的，那么在适用法律时同样应当运用概念思维的方式去把握事实与规范的关系，以期规范意图能够得到实现。第二，法的安定性与可预期性的要求。拉德布鲁赫认为，法律具有三项价值，即法的安定性、合目的性与正义性。在这一价值序列中，合目的性居于最后的位置。而法的安定性和正义性的优先关系则为：一般情况下实在法的安定性优先，即使其在内容上是不合正义的；除非实在法与正义的矛盾达到如此不能容忍的地步，前者才需让位于后者。[②] 可见，安定性是法律的首要价值。相较于类型思维，概念思维由于其精确、体系化的特点而更具安定性；同时运用概念思维也使得法律适用的结果更具有可预期性。第三，思维经济原则。这一原则是与哲学上的马赫主义（Machismus）相关联的，其认为，“科学是一个最小值问题，这就是：花费尽可能最少的思维，对事实作出尽可能最完美的陈述。”“科学的目的，是用思维中对事实的模写和预测来替代经验，或节省经验。”[③]换句话说，科学的思维模式必须遵循一条最简单、最省事、费力最小而又最能说明问题的原则。在法学方法论上，“穷尽规则方得适用原则”、“禁止向一般性规定逃逸”等原理都体现了这一原则。这也是符合事物的本质（Nutur der Sache）与人类的认识规律的。概念思维对于案件事实的把握简单、明了、清晰，符合思维经济的原则。相反，类型由于开放性以及与价值的直接关联性，而造成了适用上的模糊性及论证负担的加重。对于法官而言，论证某一案件属于此类型而非彼类型[④]，要比论证它可以涵摄在一个概念之下复杂得多，论证负担也大得多。

但是，类型思维并不因此而丧失其必要性。这主要是因为，个案裁判的正当性永远是法学方法论的终极目标。法学所关心的“不仅是明确性及法的安定性，同时也致意于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’”[⑤]。法官之裁判义务的要旨也在于“有思考的服从法律”。概念思维有时却并不能达成这一目的。因此，一种面向实践的法学思维应当是概念与类型两种思维的结合。

这种结合的可能很大程度上源于两者的可通约性：第一，类型思维的要义是评价性思考，而这一点完全可以通过别的方式来实现。比德林斯基（Bydlinski）就认为，类型思维所要达成的论证或思考效果，同样可以通过模糊概念（der vage Begriff）、开放概念（der of-

---

① 参见舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期，第29页。

② 参见〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律的不法与超法律的法》，氏著：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第170页。

③ 孙小礼：《马赫和他的思维经济原则》，载《哲学研究》1986年第10期。

④ 考夫曼认为，只有“不法类型”而不是“可能的字义范围”才是此罪与彼罪的分界。最定法定“定”的只是某种不法类型而非概念。（参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《类推与“事物本质”》，学林文化事业有限公司1999年版，第121—122页）

⑤ 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第77页。

fene Begriff)、以选言(Disjunktion)连接的概念要素或家族相似性(Familienähnlichkeit)等方式来实现,所以并不一定要用类型来取代概念。① 所以必须强调,类型思维所反对的仅仅是作为不及物的理论思维与物品思维的抽象概念,而并不反对作为实践思维的上述"诠释型概念"②。第二,概念与类型的构造过程具有部分一致性。类型的建构不是一开始便诉诸整体的关照,而是跟概念一样,首先将事物分为各个特征和分离的各个元素。只是到了第二步开始分化:概念用计算法归纳出各个事物所具有的一些共同元素,列出这些元素为本质特征而确立一个抽象概念;概念则在相关情境中把握每个不尽相同的元素所构成的事物意义的总体关照,而将它们都归属为一个类型。③ 所以,要素分析是绕不开的阶段。第三,尽管类型思维运用于个案,但由于"同等事实同等评价"的要求及先例的示范效果,案件事实的类型化不可避免。以概念的层次观之,这实际上等同于,将某类具有共同特征的子概念排除出了既有的母概念的范畴。如(我们所得出的)许霆案裁决结果就可能产生长远影响,将具有"诱发性对象、临时性不法意图、采用非侵害性手段"的盗窃排除出"盗窃金融机构"的范畴。这意味着我们运用了更为精准的区分技术,更加细化了概念的适用范围。或者说,一条例外条款产生了。强调动态性的类型思维却在客观上产生了静态的效果,这不能不说是理性的吊诡!

或许,一种可能的思路是借助于哈特(Hart)之规范的"开放性结构"理论④将两种思维形式同时容纳进来。当案件事实处于概念的核心地带时,可以径行运用演绎方式来推出裁判;而当其处于概念的阴影地带时,则需要运用比较与评价的方式来寻找裁判的合法性依据。如此,一种"新"的概念思维就同时具有了双重性,即开放性与封闭性、动态性与静态性、抽象性与具体性、体系性与平面性,也就兼顾了传统概念法学与现代评价法学的各自优点。当然,在这种同一结构的结合关系中,概念思维是主要的、优先的思维形式,而类型思维则是次要的、补充性的思维形式。只有当概念思维在实践的运用中遭遇困境(临界案件),无法实现个案的正义要求时,类型思维才能取而代之。同时,这种取代应当尽可能限制在最小的范围内。也就是说,类型思维的适用必须符合一条寻求最小变量的"保守主义原则"——只有当必须运用类型思维才能实现个案正义时,才能运用之。

在许霆案中,我们遵循的正是这一原则。在判定许霆的行为构成一般盗窃罪抑或是盗窃金融机构时,我们将论证的要点集中于"本案中的 ATM 机是否属于金融机构"

---

① Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Zweite Aufl. Springer-Verlag, S. 543.

② 有关"标准性概念"、"自然类属概念"与"诠释型概念"的内涵与区分, see Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 9—11.

③ 参见林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 137 页。

④ 有关"开放性结构理论",参见〔英〕哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,台北商周出版社 2000 年版,第 116—127 页。

这一判断之上，并运用类型思维对此作出了判定；而并没有将“盗窃”与“盗窃金融机构”进行类型化的重构，去论证两种不法类型本身的区别。这就大大缩减了我们的论证负担。这种概念为主、类型为辅的思维模式不仅由于，安定、普遍、清晰、简单对于变动、具体、模糊、复杂永远具有天然的优先性，而且也来自于这样一个司法现实，即在实践中简单案件（easy case）的数量要渊源大于疑难案件（hard case）的数量，而疑难案件中又仅有小部分是临界案件（法律适用的疑难）。

试论公民的法律假定

——以许霆案为标本的分析

黄晓亮*

从案件审理伊始到重审结束，作为被告人许霆的父亲而涉足案件的许彩亮始终认为儿子的行为不成立犯罪，并据此进行相关活动。不独此人，除了法学专家、司法人员等专业人士之外，其他关注此案的媒体、公众根据对法律的认识就案件发表纷纭的看法。这些纷纭的看法对案件处理有何意义？在案件处理中发挥了何种作用？进而从理论上看，这些纷纭的看法有何价值呢？显然，这也是对许霆案件需要反思的方面之一，尽管自案件尘埃落定后尚无人对此阐述。

一、法律假定的形成

公民参与到诉讼活动的具体情况有很多种。有的人一有问题或纠纷便诉诸法律，向有关机构提出要求；有的人则先使用非法律手段，只有该手段不足以解决纠纷或问题时才借助于法律；还有的人由于社会关系其他方启动法律过程而参与到法律解决纠纷或者问题的活动中。在此过程中，有的人是主动的参与，而有的人则是被动地参与。不过，不管是如何地参与到诉讼中，人们总会根据自己对法律的认识和理解对自己的利益或要求能否实现、如何实现进行预测，形成方向性的看法，并指引自己作出一定的行为。至于诉讼结果是否符合人们事前的利益愿望，显然需要司法人员根据其对法律规定的理解与案件事实情况的分析作出最后的判断。人们，不管是案件的当事人还是有关的其他人员（如亲属、朋友、同事等），对法律以及案件就诉讼结果所作的认识和预测对诉讼结果本身并没有实质的影响。因此，如果以司法人员的理解和认识作为参照，人们的上述认识与预测只是一种个人的假定。换言之，人们是在假定自己认识正确的情况下进行与诉讼有关的各种活动的。这种情形在许霆案件中也有相应的存在。如对于许霆所实施的行为，许彩亮夫妇最初“承认许霆做了不对的事情，但觉得不至于严重到犯罪的程度，因此，接到许霆报平安的电话时，并没有激烈劝说他自首，还会试

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士，中国法学会刑法学研究会学术秘书。

探性询问公安机关,他们愿意把钱都还了,可不可以不要再追究孩子的责任”。[①] 即便是在社会关注之下广州市中级人民法院重审此案,许彩亮仍然认为“改判5年好像是不错,但我不认,哪怕是马上就放出来,只要有罪,我都不认”。[②]

在法学上,“假定”一词主要运用于两处。第一处是在法哲学层次上对人性分析。在法律及法学上的人是否像古典经济学所说的那样属于“理性人”?抑或是行为法学上所讲的依据个人心理需要形成动机并不那么理性的人?甚至像中国学者所说的那样属于“社会性的人”?[③] 第二处则是在法理学中法律规范分析的层次。假定与处理、制裁组合一起,构成法律规范。[④] 在第一层次含义中,人的本性究竟如何是个复杂的哲学问题,在理论上很难得出唯一正确的结论,只能根据理论分析本身的实际需要作出必要的假设,假定人的本性是什么。而在第二个层次中,立法者在法律规范中设定处理、制裁所适用的前提事实情形,不能否认,这是一种主观设定,而非对客观现实情形的描述,同时也不是在发生该情形后所作的总结。因此,不管是在哪个层次上使用“假定”这一词汇,我们都能看到,被假定的事件或者情形还没有客观、实际的发生,甚至在某种意义上讲尚处于人们所认识的主观上,且所设定或设想的事实情形未必能如愿地发生。如前所述,普通公民在对与自己利益有关涉的诉讼活动会形成利益愿望,逐步形如何实现的设想。此时,该设想也是完全具有主观的性质,如果立足于当时而不从事后看,上述设想其实也具有假定的性质。

普通公民能就案件形成个人假定与法律规范的实际功能有着紧密的联系。法律作为一种规范,不仅是行为模式规范,而且还是行为评价规范,因此,他不仅可以引导人们的行为,而且也可以成为人们评价自身、他人行为的标准。我们不能否认在上述案件中许彩亮同样也是以法律标准来评价其儿子的行为,虽然其评价结果是对其有利的。法律也因此而成为人们解决纠纷的重要手段之一,而且在现代社会是最后性的最重要的手段。法律同时在其规范中蕴涵了人们所追求的各种价值,如公正、平等、安全、自由、秩序、效益等。人们据此依法律进行活动,使静态的法律成为动态的法律,使法律的存在严禁为法律的过程。普通公民进行法律活动的目的在于尽可能地维护利益。在进行法律活动时,普通公民依据既成事实、现有法律、法律过程及有关人员等各种情况,对能否维护自身利益在内心予以预测和考虑,从而对法律存在、法律过程产生自己的假定。一是价值的假定,即认为法律规范本身体现了或没有体现社会基本价

---

① 参见《许霆之父独家对话(非常道)》,载 http://itv.ifeng.com/itv/fcd_xuting/index.html,访问时间:2008年6月30日。

② 参见《许霆父亲坚称儿子无罪　将在一周后上诉》,载 http://news.qq.com/a/20080402/000337.htm,访问时间:2008年6月30日。

③ 参见刘正锋:《法的人性假定与法律实现所需的道德支持》,载《内蒙古社会科学》2006年第6期。

④ 参见孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2000年版,第362页。

值;二是过程的假定,即认为法律活动中各种因素是或者不是去追求、实现法律所确立、体现或者维护的社会基本价值。显然,人们将这两种假定是否结合在一起的,情况不同,会形成不同类型的假定。有的人相信法律能体现社会基本价值,也相信法律活动会实践、实现这些价值;有的人则否认法律能完全体现基本价值,但相信法律活动会实践、实现这些价值,完成法律规范本身没有完成的任务。相反,有的人对二者都作否定的假定,即相信法律能体现社会基本价值,但认为法外因素影响、制约法律活动,法律活动自身不能实践、实现法律所确立、体现、维护的社会基本价值。在上述许霆案件中,许彩亮对法律规定以及法律体现社会公正没有疑义,但据此认为法律活动应该否定其儿子的罪过,还给儿子以清白之身。

二、法律假定的验证

普通公民的假定仅停止于假定的话就毫无意义,假定必须在实践中验证自身,才对普通公民有意义。对普通公民自身来说,纠纷的解决、利益的维护或补偿才是最重要的。如果说普通公民在纠纷解决、利益维护或补偿之外还有什么更高希望的话,那就是普通公民再次求法时对自己的假定有所改善。例如,在许霆案件重审后,许彩亮感觉案件推翻的希望不大,就表示宁愿以儿子被判有罪来换取中国法制的进步,可见,许彩亮本人仍然坚持认为儿子无罪。这从而说明,普通公民的假定在法律实施活动中进行自身的验证,其前提是已存在的法律规范和普通公民的内心确信。司法机构从接到案件开始的活动,如立案、传唤、强制措施、审判、执行等一步步地验证普通公民的假定,而普通公民则关注通过假定逐步的肯定或者否定自己的权益实现、维护和补偿情况。在此过程中,影响普通公民重新认识自己假定的因素主要不在于法律规范,相反很大程度上在于如司法人员、诉讼程序、诉讼支出、社会习惯、一般人评价、普通公民心理忍受能力这样的因素。例如,对许霆案件,不少人认为,案件的审判人员机械运用法律以及司法解释的相关规定才导致了人们在案件认识上的分歧和争议。在律师的看法以及公众观点的指引下,许彩亮始终认为儿子无罪,银行有责。

客观而言,除诉讼程序外的其他都属于法外因素。不可否认的是,这些因素支撑了法的实现活动,普通公民在现实生活中实际接触的不是冷冰冰的法律条文,相反是这些具体的因素。在各种具体因素中,对所有要素明确地或者潜在的予以集中、最后体现的是案件的裁判书。案件裁判书是诉讼活动的最终结果,对公民关于法律的假定作出了最终的评价。虽然裁判书具有一定的法律效力,作为诉讼活动的参与人或者参与人的相关人员,普通公民不得不接受和执行裁判书的有关内容,但是,普通公民仍会基于自身对特定利益的要求而产生对裁判书的认识,或者否定个人关于法律的假定,或者否定裁判书对个人利益所作的安排,进而诉诸其他手段继续追求特定利益。因为“至少对绝大多数人来说,都不可能因为严格守法和执法是道义上的正确而严格守法

和执法。大多数情况下,守法和执法只是在特定约束条件下追求自我利益的一种选择”。① 因此,普通公民对法律价值过程的假定在这些因素的活动与相互作用中逐步验证。有的被肯定,有的被否定。但是,无论如何,普通公民自身利益是否得到了维护、补偿是最为关键和主要的。假定虽被否定或者肯定,但利益却得到维护、补偿;假定虽被肯定或否定,但利益没有得到维护、补偿。这些并不足以说明普通公民的假定应该如何修正,却会引导普通公民按照自身思维进行实际修正,即普通公民应然性的假定并不能在此获得支持。司法人员的素质是一切法外因素中唯一的“人的因素”,对普通公民的教育、引导、抚慰、警戒、评价是最为直接的,在形成普通公民正确的假定上起着最重要的作用。普通公民对法律假定的修正或改善主要依赖于司法人员素质、自身利益维护状况两因素。但是,某些公民在利益没有维护且认为司法人员素质存在问题时,就会将解决问题的途径从法律上转移到司法人员上来,希望通过法律之外的其他因素来对司法人员施加压力,意图在法律之外实现个人的利益要求。例如,在许霆案件重审结束后,许彩亮仍多次向新闻媒体发表谈话,或者接受采访,到处宣扬儿子不成立犯罪的看法。

三、法律假定的内核

法律对人们意志行为起调节作用,法律通过人们依据它的行为而实现,普通公民的假定表现了人们对法律的认识、对法律权威的相信程度,是普通公民从事法律活动的认识前提,是法律对人们产生影响与作用从静态走向动态的第一步,对社会风气、世俗观念有重要作用。这决定了普通公民的进一步行动。我们可以看到,不管主体的假定是否正确、合理,但主体以此为出发点参与法律活动,法律活动的进行又影响此种假定。

不过,我们应该深入地分析,在公民对法律的假定中,什么处于最为核心的地位?这应从公民关于法律假定形成的具体过程来分析。普通公民的假定来源于其所处的社会特定环境。从宏观上说,经济活动规律、其他社会活动规律在法律中的反应程度最为重要。一部法律反映客观规律的程度越大,人们服从他的可能性就越大。人们对他的假定也就越趋向于肯定。因为普通公民及施法者都不可避免地在这些规律支配下活动。例如,在许霆案件中,对于ATM机出现故障本身以及该故障应该如何处理,许霆及其亲属、银行、司法人员以及社会公众都有着不同的看法。法律存在、法律过程的合规律程度越高,对人们引导、评价标准性也就会越强。人们只有了解法律才知道法律是否符合、反映了人们所认识的客观规律,因此,知道法律规范本身是对法律存在产生假定的前提条件。“从社会学的角度来理解法律,我们可以发现,法律的主要功能也

① 朱苏力:《法律规避与法律多元》,载《中外法学》1993年第6期。

许并不在于变革,而在于建立和保持一种可以大致确定的预期,以便于人们相互交往和行动。”①从微观上看,法律实施过程、普通公民所处环境对法律的社会态度对普通公民假定法律过程有重要作用。具体的他人法律活动对普通公民假定起了一个积累经验的作用。这种经验对普通公民所形成的法的价值的假定有强化或者削弱作用;对法律的社会态度也会成为普通公民产生法之假定的经验知识,进而影响到普通公民对法律过程的假定。从物质存在于知识意识的层次上分,法律存在、法律过程对社会生活秩序的作用客观体现于人们现实活动中,这自然对普通公民产生外在影响。但普通公民对法律存在过程的抽象、系统或者具体、庞杂的知识决定了他们对法律规范的了解、理解、掌握情形。所以,组成普通公民关于法律之假定的核心的是其关于法律规范允许之行为的具体预测。了解人们的假定以及假定与预期的距离,可以缩短这种距离,增进对法律行为、法外因素的理解和运用,从而改善人们对法律的假定。不过,需要注意的是,这种预测可能性并不是以某个人的具体认识为标准,而是站在普通人立场上以普通人能预测到的情况为依据。从这角度说,在上述案件中,虽然许彩亮坚持认为其儿子不成立犯罪,但是,却不能改变普通人对盗窃行为的认识。

---

① 朱苏力:《法律规避与法律多元》,载《中外法学》1993 年第 6 期。

关于许霆案的若干思考

张　磊*

一、关于民意

众所周知，在许霆案中民意发挥了重要作用，有人认为是积极作用，有人认为是消极作用。笔者认为关于许霆案中的民意需要注意这样几个问题：

其一，民意关注的重点是量刑。许霆案发生后，社会上有各种各样的争论，有关于罪名的，也有关于量刑的。可是一般民众的第一反应是“判得太重了”。这里“判得太重了”指的是量刑太重了，即对许霆判处无期徒刑太重了，超出了人民群众的心理预期。而至于案件本身应当定什么罪名，虽然也有很大的争论，但是这种争论主要是在法学家或者是专业人士之间，人民群众参与进来的并不多。这主要有两方面的原因，一方面群众不具有判断盗窃罪、侵占罪和信用卡诈骗罪等犯罪区别的专业知识，另一方面在于群众也许认为对于许霆来说更重要的是刑罚的轻重，而至于定什么罪名相对就较为次要。在他们看来，只要刑罚轻重一致，至于判处什么罪名区别并不是太大。这和我们对于一般犯罪人首先关注的是判处什么刑罚、判处多重的刑罚，而后关心的才是罪名是一致的。所以，本案中，对于人民群众来说，更为重要的是许霆的量刑，而不是罪名（当然并不是说罪名不重要，只是相对来说量刑更重要）。也许在他们来看，判处一个不太合适的罪名比不太合适的刑期更能够接受。

其二，民意的基础是对案件信息的充分掌握。公众关心许霆案不论是从社会还是司法的角度来说都是好的，比漠不关心强。但是，不调查就没有发言权，民意的基础在于对案件信息的充分掌握，不充分了解案件信息的民意是不可靠的。对于许霆案，笔者周围的许多群众在第一时间的反应也是判刑过重。但是当笔者解释说这是严格依据现有立法判决的结果，而且许霆可能是盗窃金融机构，而盗窃金融机构是有可能判处死刑的规定以后，大多数也都接受了这样的判决，虽然仍可能觉得判决过重，但转而认为是立法的问题，而不是法官的问题了。这说明多数民众是理性的而不是盲目的，在充分理解案件信息的前提下会作出自己合理的判断。这就是说信息的全面与准确

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士。

非常重要,不了解相关信息的群众是没有资格对法院的判决进行评价的。

其三,民意是脆弱的、易变的。许霆案中,多数民意是在听说判决结果的第一反应,是没有经过理性思考的直觉反应。而且,时间对于人们情绪的影响是很大的。例如,我们对于某一突发事件也许刚开始非常气愤,但是一段时间以后,冷静下来思考,也许就觉得这一事件的发生也许是正常的,气愤也就慢慢消失,并逐步接受。当然,民众是有权利气愤,也有权利冷静的。法官不同,法官要展现长期法律知识和理论熏陶出来的职业理性。一个刑事案件一般情况下要经过立案、侦查、起诉和审判的长期阶段,需要时间和耐心作保证,在此期间,民众的意见很可能有较大的变化。所以,对于民意,要有理性的认识,不仅要看某一阶段的民意,而且要注重一个时间段内民意的变化,这才是民众真正意图的体现。

二、一审判决在现有立法和司法下是正确的,不妥的是立法滞后的问题

本案的一审判决应当说是正确的,是严格依照刑法定罪量刑的结果。而民众认为判处无期徒刑过重也是合理的。问题出在立法:第一,立法没有明确 ATM 机是否是金融机构,这样,无论是将其界定为金融机构还是相反,只要言之有理都不能够算错。第二,立法明文规定盗窃金融机构、数额特别巨大的要处无期徒刑或者死刑,数额特别巨大指 3 万元至 10 万元以上。这样,只要界定许霆盗窃的是金融机构,而且数额达到 17.5 万元,那么对其判处死刑或者无期徒刑就都是严格依法判决的结果,对其判处无期徒刑已经是从宽了。但如果没有界定许霆盗窃的是金融机构,对其判处无期徒刑就是过重。所以,应当说一审判决前后精神是一致的、正确的。民众之所以感觉过重,是确定盗窃罪数额司法解释的僵化问题。时代在发展,社会在进步,经济在发展,人民的生活水平在提高,对于金钱的认知度也在变化。所以,应当尽快修改立法或者司法解释,以适应变化了的社会条件。而且,对于盗窃金融机构数额巨大的是否一定要判处无期徒刑和死刑本身也是值得研究的。

三、关于 ATM 机是否金融机构的问题

在本案的讨论中,关于 ATM 机是否金融机构是一个争议很大的问题,也是本案的核心问题之一。对此,立法没有予以明确,我们理解的时候应当从立法的原意出发。1997 年《刑法》之所以对盗窃金融机构进行专门规定,是为了限制盗窃罪死刑的适用,事实上也起到了这样的效果。之所以对盗窃金融机构的行为规定较重的刑罚,主要是出于两点考虑:金融机构里面的金钱较多,对其盗窃社会危害性较大;金融机构保安戒备森严,行为人明知是金融机构而对其进行盗窃反映了其较大的主观恶性和社会危险性。根据立法精神,"盗窃金融机构"通常是指破门而入盗窃金融机构的资金或者通过篡改金融机构的系统程序或破坏其设备等进入金融机构内部(包括物理空间和虚拟空

间）进行盗窃的情形，因为只有这些有预谋或者破坏性的进入金融机构内部盗窃金融机构资金的行为，才有着特别严重的社会危害性，故而也才需要运用较高的刑罚甚至死刑进行抗制。而在本案中，许霆并没有采取上述行为，其所盗窃的 ATM 机中的现金也远远比一般的金融机构少，而且在主观上只是出于贪便宜，并没有明确认识到 ATM 机是否就是金融机构（对于连法学家都争论较大的问题，许霆本人不可能清楚），不具有"盗窃金融机构的故意"，起码不是明确故意。所以，其一，从立法原意上来看，ATM 机本身由于不具有严密的保安措施而不应当认定为金融机构（虽然有摄像头，并且根据卡号可以查到行为人的身份，但是这些都不足以当场阻止其盗窃行为）；其二，即使 ATM 机是金融机构，由于许霆没有认识到这一点而不能将其行为界定为"盗窃金融机构"；其三，ATM 机自身有一个发展过程。随着社会的发展，ATM 机的数量，存钱的款额以及人们使用的次数都有一个由少到多的过程，ATM 机越来越成为人们生活的一部分。ATM 机是否是金融机构也将有一个由模糊到明确的过程。如，在经济发达的上海，高级法院在 2004 年的一个解答里面明确规定盗窃处于营运状态的 ATM 机器属于盗窃罪当中的盗窃金融机构，而在欠发达地区，ATM 机的地位则还没有明确。所以，从应然的角度来看，随着社会的发展 ATM 机金融机构的性质越来越明显，通过立法将其界定为金融机构也将是历史发展的必然。但是在明确界定之前，群众甚至专业人士对金融机构性质的认识还十分模糊，由于该性质的确定将给被告人带来巨大不利影响，出于对被告人利益的考虑，还是不认定为盗窃金融机构较为妥当。一旦立法上明确，类似的行为则要明确界定为"盗窃金融机构"。

另一方面，虽然许霆的行为是否属于"盗窃金融机构"是争议颇大的关键问题。可是，我们应当注意到，对此讨论的主体仍然是专业人士，一般民众好像对此并不太感兴趣。究其原因，还是民众关心的仍然是量刑，他们不论法院出于什么原因，是否将 ATM 机界定为"盗窃金融机构"，只要量刑过重，他们似乎就不能够接受。而且，许霆的同伴郭安山和其行为的性质和方式完全一样，只不过数额存在一定差别，很明显，只要许霆是盗窃金融机构，郭安山同样是，只不过数额没有达到特别巨大，但仍然达到了巨大。对其的量刑与许霆的无期徒刑相比显然较轻。可是关于郭安山是否界定为"盗窃金融机构"很少有人讨论，而且郭安山被定罪量刑早于许霆，为什么？就是因为郭安山的量刑达到了人们心目中的预期，民众能够接受。所以，对于许霆案，在民众看来，其是否是盗窃金融机构不重要，重要的是要量刑适当。而从盗窃罪本身的规定来看，按照普通盗窃罪的刑罚也足以实现对于许霆的惩罚。所以，在立法没有明确 ATM 机是否金融机构以前，耗时耗力进行争论意义并不大，不如作出对于被告人有利的推定。当然，对于专业人士来讲，从推进立法和理论的发展角度来说，研究和探讨许霆是否盗窃金融机构还是很必要的。

四、案件的判决要照顾到社会因素

任何一个案件都发生在社会当中,不与社会相联系的案件是不存在的。案件的每一方不论是当事人、辩护人、公诉人还是审判者都处于一定社会关系当中,案件的处理结果也会对社会造成各种影响。对案件作出处理的依据是法律,但是法律不是唯一的依据。因为法律自身在本质上也只是统治阶级的工具,法律是统治阶级制定的,其适用必须为了统治阶级的利益服务。许霆案也不例外,同样要考虑统治阶级的利益。而在人民群众当家做主的中国,案件的处理虽然主要以法律为依据,但同时也要考虑相关的社会因素。这主要体现以下两个方面:

其一,在考虑某人对于案件的立场时,要考虑其在社会中的身份。任何人在发表对许霆案的意见的时候,总是受其身份的影响,只有在对其身份进行理性分析后才能够对其意见进行客观评价。例如,许霆的父亲是许霆的亲人,所以一直宣称许霆无罪,并要一直上诉。许霆的律师作为许霆的辩护人,自然要为其无罪和罪轻而努力,这是其法律职责,无可厚非。一些律师也明确宣称,作为律师他认为许霆不构成犯罪,但是作为一般的群众,他认为构成犯罪,只是刑罚过重。作为律师,他肯定会炒作,甚至邀请媒体采访,因为炒作对案件有利。但作为法律人,他认为媒体介入对司法制度不理智,不赞成媒体介入。一些律师还秉着求其上则得其中,求其中则得其下的思想,一再声称许霆无罪,以达到轻判的目的。这也能够解释为什么辩护人在一审中以侵占罪辩护,而在二审中则进行无罪辩护,就是因为其在媒体和舆论中看到了对许霆进一步轻判的可能。而作为检察官和法官,在一审中,在民意和舆论还没有风起云涌,没有关注到这个案件的时候,也就是说影响案件的社会压力还没有很明显的时候,自然会严格按照法律处理此案,这就自然出现了一审的结果。

其二,案件的处理结果要考虑法律效果和社会效果的统一。法官的智慧绝不仅仅在于掌握一些法律条文,也绝不仅仅在于能够依法办案,而在于准确把握案件处理上法律效果和社会效果的统一。虽然法官应当具有独立性,应当依法判案,但是要明确,法官也要照顾到案件的社会效果,案件的处理要能够为社会普遍接受。一审宣判以后,不论其是否依法判决,民意对其反应很大,说明社会没有普遍接受,自然要予以改变,不论用什么方法。民意主要对量刑有意见,所以,要改变的主要是量刑。而至于罪名是否改变,以及是否应当界定为"盗窃金融机构",由于并不是民意关注的重点(而且民意也由于不具有专业知识而没有关注的条件),而只是专业人士关注的重点(专业人士相对于民意是很小的一个部分,并且专业人士的不同观点完全可以看成是正常的学术争论),所以也就显得相对无关紧要了。所以,考虑到社会效果,一审量刑的改变是必然的。出于维护法律稳定性和司法权威的需要,改变一审其他内容的可能性并不大。实践也证明,重审后改变的只有量刑,罪名以及 ATM 机的性质都没有改变。

五、重审后的判决过轻

重审后改判为5年有期徒刑，虽然照顾到了民意，但是显得过轻。就是按照一般的盗窃罪来处理，也不至于轻到如此地步。刑罚有一个重要性质是平等性，对于类似的案件要有类似的处理。许霆案由于社会影响较大而被判处5年有期徒刑，那么类似的发生在云南的何鹏案怎么处理？该案的发生早于许霆案，性质和许霆案类似，但是公众并不知晓，何鹏当时被判了无期徒刑。面对何鹏案，许霆案是否有些尴尬？而且，许霆的行为是被界定为“盗窃金融机构”的，在此前提下把刑罚从无期徒刑一下降到5年有期徒刑，跨度过大，也过于考虑了社会效果的因素。也许法官提出了一些从轻的因素，但是这些因素他们在一审时候难道就没有考虑到？这些因素影响力度就有这么大？

六、许霆案的功能

功能是指事物对于社会可能产生的积极作用。整体来说，许霆案对于社会的影响是好的。这里许霆案的功能也可以说是通过对许霆盗窃行为的定罪量刑所产生的功能。对于许霆来说，刑罚对其有惩罚功能，即对其已有犯罪行为和主观恶性的惩罚；剥夺再犯能力功能，在一定期限内剥夺其再次盗窃的功能；个别威慑功能，威慑其不敢再次实施同样行为的功能。对于一般社会公众来说，刑罚对其实现的主要是一般鉴别功能，即通过许霆案，一般社会公众明白了类似于许霆的行为是构成严重犯罪的，ATM机也是金融机构，利用其故障获取不属于自己的金钱要受到严惩。对于那些已经产生盗窃ATM机以及想要利用ATM机故障获利的人，刑罚对其实现的是一般的威慑功能，许霆案的判决阻吓了其盗窃行为的付诸实施。

当然，许霆案最重要的功能是在全社会实现了一次法制的大教育，提高了人民群众的法制意识。同时，使得立法和司法的漏洞昭示于天下，推动了立法的改进和理论研究的进步与完善。

许霆案:刑法司法解释过度化分析的一个视角*

吴情树** 施 琦***

2008年8月20日,备受关注的"许霆案"因最高人民法院的核准裁定而尘埃落定。关于该案的定罪量刑从一开始就成为学术界讨论的热点。① 2008年4月1日,即广州中院一审二次开庭宣判的次日,我国两位著名的刑法学家陈兴良教授和张明楷教授在《人民法院报》分别发表了题为《许霆案的法理分析》和《许霆案的定罪量刑》的两篇文章②,随后,我国著名的刑法学家王作富教授也在《人民法院报》上发表了题为《许霆构成盗窃罪》③一文,从中不难看出,这几位学者均在一定程度上为该案判决的合法性与合理性做了辩护。在二审宣判之后,我国著名的刑法学家赵秉志教授在《法制日报》上发表了《许霆案尘埃落定后的法理思考》一文,认为许霆的行为构成普通的盗窃罪,而不是盗窃金融机构的情节加重犯,并认为量刑过轻。④ 在此之前,有人认为,"许霆案"注定无法成为"经典"。⑤ 但这种对宣判结果的简单质疑仍无法掩盖"许霆案"戏剧性的变化发展过程本身所蕴涵的经典意义,它业已成为我国刑事审判史上一个具有标本价值的典型案例。⑥ 如此众多的刑法学者投入精力去关注和研究一起普通的刑事案件

---

* 本文所称的刑法司法解释,是指最高人民法院和最高人民检察院(以下简称"两高")为解决刑法适用过程中遇到的法律问题所做的解释,具体包括解释、决定、规定、意见以及个案批复。在本文的论述过程中,主要阐述普遍性、规范性的司法解释与法官具体个案解释(法官解释)之间的关系。需要说明的是,偶尔也会涉及个案批复、立法解释等问题;本文所称的过度化,不仅是指司法解释数量的过多,还指"两高"的刑法司法解释的权力过于扩张,几乎"吞没"了司法人员解释法律的权力。

** 华侨大学法学院讲师,法学博士。

*** 福建省福清市人民法院法官。

① 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款的定性分析》,载《检察日报》2008年1月8日;付立庆:《"利用ATM故障恶意取款案"法律性质辨析》,载《法学》2008年第2期;杨兴培:《"许霆案"的技术分析及其法理思考》,载《法学》2008年第3期。

② 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》;张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日理论与实践专版。

③ 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008年4月2日刑事审判版。

④ 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定之后的法理思考》,载《法制日报》2008年6月1日周末版。

⑤ 参见傅达林:《许霆案注定无法成为"经典"》,载《检察日报》2008年5月28日。

⑥ 参见付立庆:《典型案例的标本价值》,载《人民检察》2008年第7期。

就是一个很好的例证。在此期间,不仅激发了国民参与案件讨论的热情,也调动了国民参与法律解释的积极性,这是一场民主解释法律的大表演,是公民自觉有序地参与民主法治建设的一次集体锻炼。本文论述的重点不在于“许霆案”的定罪量刑,而在于试图挖掘该案背后所隐含的一些具有普适性价值的制度因素。

一、问题的缘起:刑法司法解释的过度化

如此众多的刑法学者去关注“许霆案”的定罪量刑,难道真的是刑法规定有问题吗?难道真的是刑法理论阐释出了问题吗?不是的。“许霆案”的解决能够在刑法典中找到适当的法律根据,也能够在刑法理论中找到恰当的理论支撑。法官也能够充分运用刑法所赋予的制度资源来实现个案的公正。那么是什么原因造就了“许霆案”审理上的困境?笔者认为,这与我国司法解释的过度化有很大的关系。

如果没有时过境迁的司法解释的束缚,且法官能够完全享有一项与时俱进的解释法律和判断案件事实的权力,也许就不会出现一审早先判决中所判处的并引起众多学者质疑的重刑了。对此,陈兴良教授就明确指出,有关盗窃罪的司法解释中,将3万元至10万元以上规定为刑法中“数额特别巨大”的合理性何在?怎么能将10年前规定的数额作为今天衡量盗窃的社会危害性的标准?[①] 实际上,正是这种简单地通过盗窃数额的多少来衡量盗窃行为的法益侵害性的司法解释,使得长期依赖司法解释办案的法官“在适用法律时,以僵化的司法思维,盲目地遵从数字化的司法解释,机械地适用法律这种算数司法”[②],堵住了法官通过手中的自由裁量权来实现个案司法正义的路径。

如果我们的法官有如张明楷教授在谈到解决许霆案具体途径时所说的那种胆量,即认定许霆的行为属于盗窃金融机构,但不认为其盗窃数额特别巨大[③],或者有赵秉志教授所主张的那种解释的技巧,即认定为普通的盗窃罪,但不认定为盗窃金融机构的加重情节[④],那么“许霆案”也许早就得到了合理的解决。

令人遗憾的是,这一些“如果”正是因为受到现行司法解释的制约而无从贯彻。可以说,司法解释如一副戴在司法人员脚上的脚镣,使得司法人员的办案犹如“戴着脚镣跳舞”,而无法自由地伸展自己的舞姿,并造成了办案的司法人员对上级司法机关和司法解释的极度依赖,影响了司法人员个人的独立,阻碍了司法人员进行法律解释、法律推理以及法律论证能力的提高。这主要表现在刑事判决书中总是过多地引用现有司

---

① 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日理论与实践专版。
② 参见龙卫球:《告别算数司法,请从许霆案始》,载《南方周末》2008年2月24日法治版。
③ 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日理论与实践专版。
④ 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定之后的法理思考》,载《法制日报》2008年6月1日周末版。

法解释的规定,而缺少一些必要的法律推理过程和法律论证理由[①],形成了在“许霆案”中,“法院判案时,从现有的判决书上看不出有任何认真、复杂的推理。本案在推理、适用法律的解释方面做得很不足”[②]的尴尬局面。正如有学者所批判的,“这些年来,判决书必须说理,甚至还有‘辨法析理,胜败皆服’那样的司法口号流行,“许霆案”本身又涉及如此复杂的法律解释问题,如果法官能够层层剥笋、鞭辟入里地作出一个让天下人叹为观止的判决来,那岂不是可以青史留名了么？为什么一审的法官们会这样敷衍塞责或者自甘平庸呢?”[③]

难道司法人员真的喜欢敷衍塞责或者自甘平庸？难道他们真的不想作出一份让天下人叹为观止和青史留名的判决书来？答案显然是否定的。过度的司法解释已经制约了司法人员施展自己才华的空间,窒息了他们解释刑法的想象力和智慧,使得他们在长期办案的过程中,不能也不敢充分地运用自己的智慧和学识展开对刑法的解释,从而错过了许多可以解释和论证刑法适用的机会。

这种过度依赖司法解释的司法格局不仅不利于提高司法人员解释法律的能力,还直接影响了刑法解释学的繁荣和发展。我国刑法的规范分析不能够有效、细致地展开,恐怕与司法解释的过度化有着一定的联系。“当觉得刑法规定不明确或者不妥当,自己不能作出合理解释时,便来一句‘这个问题有待司法解释’,并形成了今天‘批判刑法比解释刑法时髦’的现象。使得许多论文让人难以分辨其观点究竟是解释结论(解释论)还是立法建议(立法论)。理论界一有难题就‘上交’,是我国的刑法学难以深入发展的一个原因。”[④]

二、问题的展开:刑法司法解释过度化的表现

1997 年《刑法》修订以来,“两高”颁布的司法解释的确很好的指导我国的刑事司法实践,统一了全国的办案标准。但也应看到,目前司法解释的条文已经远远超过了刑法典的条文,如此众多的司法解释不仅使司法人员在办案时感到无所适从,也增加了国民预测可能的难度。

在司法解释中,有些司法解释显然是低估了司法人员解释刑法的能力。例如,

---

① 在美国和德国,由于没有中国式的司法解释,法官在办案时,更多的是依靠先前的判例或者基于自己对法律的理解,充分地展开对判决结论的说理和论证,一份判决书往往就是一篇十分精彩的学术论文。参见苏力:《判决书的背后》,载《法学研究》2001 年第 3 期,第 7—10 页;〔德〕布伦等人:《德国波恩州法院关于一起故意杀人未遂案的判决书》,冯军译,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 443—454 页。

② 参见《专家直指银行滥用公众权力》,载《南方都市报》2007 年 12 月 24 日。

③ 贺卫方:《许霆案:法官何以说理》,载《南方周末》2008 年 1 月 24 日法治版。

④ 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 53—54 页;张明楷:《刑法学研究中的十大关系论》,载《政法论坛》2006 年第 2 期。

2000年1月3日最高人民法院《关于审理拐卖妇女案件适用法律有关问题的解释》第1条是对《刑法》第240条规定的拐卖妇女、儿童罪中“妇女”的解释。其规定：拐卖妇女罪中的“妇女”，既包括具有中国国籍的妇女，也包括具有外国国籍的妇女和无国籍的妇女。被拐卖的外国妇女没有身份证明的，不影响对犯罪分子的定罪处罚。什么是刑法中的“妇女”还需要解释吗？按照这种思维，岂不是《刑法》第232条关于故意杀人罪的规定也需要作如此的解释？例如，我国刑法中所称的“人”，既包括中国人，也包括外国人和无国籍的人。

再如，最高人民法院于2002年4月8日颁布的《关于对采用破坏性手段盗窃正在使用的油田输油管道中油品的行为如何适用法律问题的批复》解释道：正在使用的油田输油管道，属于刑法规定的“易燃易爆设备”。行为人采用破坏性手段盗窃正在使用的油田输油管道中的油品，构成破坏易燃易爆设备罪、盗窃罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。一般人都知道正在使用的油田输油管道，属于刑法规定的“易燃易爆设备”。如果行为人的行为既构成破坏易燃易爆设备罪，又构成盗窃罪等其他犯罪，无需司法解释，法官也会按照刑法理论中的想象竞合犯，选择重罪处罚。

而有些司法解释不是对刑法的规范分析，更多的是刑事政策的导向。例如2003年1月17日最高人民法院给辽宁省高级人民法院做了《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》（自2003年1月24日起施行）。该批复指出：行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。

这个司法解释是符合刑法基本理论的，尽管有个别学者从公共政策的角度提出了质疑。[①] 但也应该看到，即使没有这个司法解释，司法人员仍然会基于自己对刑法理论的理解（“奸淫幼女”构成强奸罪，而强奸罪是一种故意犯罪，故意犯罪需要行为人对构成要件中一些基本事实要素，如犯罪对象的“明知”，否则，就是一种客观归罪了），并结合个案的实际情况作出合法的判决，而根本不需要最高法院的这个批复。而且，该批

① 参见苏力：《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》，载《法学》2003年第8期。

复往往容易误导司法人员的判断,造成一些不良的后果,不利于幼女身心健康的保护。①

三、问题的出路:刑事个案解释的积极导入

由于刑法是一套抽象性、一般性的规范体系,"两高"本身的解释理性能力非常有限,再加上社会生活的复杂性和多变性,在颁布司法解释之后,法官或者学者还必须对司法解释进行再解释,从而陷入了"解释的解释"这种无休止的怪圈。

例如,1998 年 4 月 17 日最高法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 2 条规定:被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的罪行,与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的,以自首论;第 4 条规定:被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的罪行,与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的,可以酌情从轻处罚;如果供述的同种罪行较重的,一般应当从轻处罚。在该司法解释中,出现了一次"不同种罪行"和两次"同种罪行"。什么是司法解释中的"不同种罪行"、"同种罪行"就存在着许多争议。"不同种罪行"是指罪名不同,还是指犯罪性质不同?"同种罪行"是指罪名完全相同,还是指犯罪性质相同?这些都需要司法人员的再解释。

随着社会生活的发展,简单地运用一些事实概念来描述社会生活中的犯罪类型已经不大可能,刑法中规范的构成要件要素不断增加,规范(价值)要素与事实要素往往交织在一起,加大了司法判断的难度。目前,不管是大陆法系的刑法学者,还是我国的刑法学者,都比较一致地认为,构成要件符合性的判断(在我国则是犯罪构成符合性的判断)是一个包含着价值和规范判断的过程②,这种价值判断是整个刑法问题的核心,法官的利益衡量、目的考量与价值评价贯穿刑法问题的始终。③

例如,在"许霆案"中,"柜员机是否属于刑法中的金融机构?"它涉及金融机构的功

---

① 实际上,据有学者介绍,鉴于该批复已在司法实践中造成了许多不良的后果,放纵了一些犯罪分子,不利于保护幼女的身心健康,不符合公共政策的精神。2003 年 8 月最高人民法院以《关于暂缓执行〈最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复〉的通知》中止该批复的执行。参见杨艳霞:《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》,法律出版社 2007 年版,第 348 页。但不知道该中止执行的通知是不是没有公开的内部文件,笔者在中国法院网的法律文库中始终找不到该通知,在刑法教科书中也没有见到。如果确实有,那么,批复发布才半年多又中止执行足以看出该批复出台的草率,也证明根本不需要这个批复,而是应该将个案解释和判断的权力交给司法人员,使其能够根据个案的实际情况作出合理的判断。

② 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 95 页以下;吴学斌:《刑法适用方法的基本准则——构成要件符合性判断研究》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,前言部分;齐文远、苏彩霞:《犯罪构成符合性判断的价值属性辨正》,载《法律科学》2008 年第 1 期。

③ 参见苏彩霞:《刑法价值判断的实体性论证规则》,载《华东政法大学学报》2008 年第 1 期。

能和组成要素的理解,也涉及柜员机本身的价值属性的判断,因此,这不是一个简单的案件事实归纳和判断的问题,而是一个刑法规范的理解和价值判断的问题。这种含有规范价值判断的构成要件要素直接增加了司法人员判断的难度,更不要说"两高"那些脱离具体个案的司法解释了。对此,张明楷教授指出,"在规范的构成要件要素的场合,即使对构成要件作出合理的解释,依然需要法官根据一定的标准、观念判断案件事实是否符合构成要件。因此,法官对规范的构成要件要素的判断能力,成为检验法官是否具有法律素质的基本标准。"①

又比如2004年9月3日,"两高"联合发布了《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第4项规定:制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息,实际被点击数达到1万次以上的,可以构成制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,第3条规定:被点击数达到2万以上,可以构成传播淫秽物品罪。这个司法解释看上去好像已经明确。但一旦涉及具体案件,就显得有疑义了。因为这里的"点击数"如何计算?是否包括为了自我宣传而自己点击的数量?单纯地计算点击数能否反映出行为的法益侵害性?这些都需要法官根据案件的具体情况对"点击数"进行实质的司法判断。只有在和个案相联系时,才会产生法律解释的问题,即如果不联系个案,每个法条(包括司法解释)看起来都是清楚的、明确的,只有和个案相联系时,人们才会发现法律不够明确,需要解释。② 正如德国著名的法学家拉伦茨所说:"对于使用者而言,恰恰就是在讨论该规范对此类案件事实是否适用时,规范文字变得有疑义。"③

因此,只要有审判活动,不管是法官对法律推理三阶段中的大前提——法律规范的理解,还是对小前提——案件事实的归纳,都离不开法官的自行解释和判断,都不可避免地要介入法官自身的价值判断。司法过程永远都不可能如马克斯·韦伯所形容的"像自动售货机那样,一边是输入案件事实和法律条文的入口,一边是输出司法判决的出口,机械运行,不逾雷池半步"。④ 因为"在审判阶段,判决属于价值判断,判决的作出是由法官对法律条文的理解、证据的性质及其与判决的内在关联性、道德、风俗、经济利益、社会效果、法官的直觉和评价性价值判断等因素决定,这些因素的变化影响了判决的解释力和说服力。"⑤这个复杂的司法运作就需要刑事个案解释的积极导入。

① 参见张明楷:《规范的构成要件要素》,载《法学研究》2007年第6期,第88页。

② 参见杨艳霞:《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》,法律出版社2007年版,第309页。

③ 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第192页。

④ 转引贺卫方:《许霆案:法官何以说理》,载《南方周末》2008年1月24日法治版。

⑤ 任强:《判决如何作出》,载《中国社会科学》2007年第3期,第125页。

四、结语:我国未来刑事司法指导制度的转型

由于“两高的司法解释都脱离具体的案情,在应该细致论理的地方缺乏论理过程,因而也无法帮助法官判断‘此案的司法解释是否可适用于类似的彼案’”。[①] 因此,随着我国司法队伍素质的不断提升,国家应该更加信赖司法人员能够独立司法、公正司法。只有在司法过程中,逐渐确立司法人员的权威,才能进而确立社会主义司法制度的权威,因为毕竟所有的司法制度最终都要依靠司法人员去贯彻和实施。要强调法官解释法律的重要性,鼓励法官发挥自己的解释法律的智慧,撰写说理充分、论证严谨且具有判例意义的刑事判决。

在工作方法上,最高人民法院以及地方各级法院定期分类公布刑事判决书,来促使法官加强对判决理由的说明和论证,让法官把刑事判决书做得更加的细致,说理更加的充分,论证更加的透明。在刑法司法解释适度节制的情况下,作为最高法院一项非常重要的工作,就是建立起一套完善的适用于全国的刑事案例指导制度,并推进判例制度的建设,以替代司法解释退缩之后可能留下的规范全国刑事审判活动的空白和断裂,或者通过不定期地提审全国各地一些比较有争议的刑法疑难案件,并公布这些刑事疑难案件判决书的方式,来指引全国的刑事审判活动。

---

① 沈岿:《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》,载《中国社会科学》2008 年第 1 期。

【附录一　许霆案件研究综述】

关注典型案件蕴涵的法理问题

——关于许霆案件法理争议问题的综述

彭新林*

许霆案自媒体甫一披露报道，就一石激起千层浪，在社会上引起了轩然大波。从理论到实践、从学者精英到社会大众，均围绕许霆的行为是否构成犯罪、是构成盗窃罪还是其他犯罪，是否为盗窃金融机构以及量刑轻重等问题展开了激烈的争论。应当说，许霆案由一个普通刑事个案上升成为引起社会广泛关注和公众热议的公共事件，其本身的意义显然已超越了其个案本身。它是在当代民主法治进程中我国刑事法治深度演绎的一个鲜活范本，情理与法律的碰撞、权力与民情的互动、时代与人心的纠结得以在这一个案中鲜活展现。许霆案尽管已尘埃落定，但其带给我们的思考却是沉重而久远。通过许霆案这一鲜活而典型的经典个案，我们能够在一定程度上感受和体悟到我国刑事法治进步的脉搏与迹象，进而希冀在那已逝去的历史碎片中得以寻觅和捕捉到我国刑事法治实践发展的轨迹与方向。为了使人们对该案所涉及的法理问题的争议观点有一个更全面、清晰的了解，我们通过报刊、网络、电视等渠道收集了有关该案法理问题已发表或尚未发表的诸多文章和报道，特综述如下，以供读者参考、研析。

一、关于许霆案件的定性问题

（一）主张许霆的行为无罪的观点①

许霆的行为是否构成犯罪，是许霆案定性的首要问题。有不少人认为许霆的行为无罪。至于为什么无罪，理由各不相同，概括起来看，大致有以下诸种观点：

1. 不当得利说

无罪说中持该观点的人不在少数。该说认为许霆的行为完全符合不当得利的构

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院学术秘书、刑法专业博士生。

① 参见赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第236—242页。

成要件，应纳入民法的调整范围。许霆获得的超额款项是银行溢付的结果，并非许霆盗窃所得。溢付是交付方基于疏忽的一种额外给付，这种给付也是收受方未曾预料到的。因此，对许霆行为应该定性为不当得利，不构成犯罪，只需令其返还非法所得就行了。① 如有论者指出，许霆的行为属于侵占脱离物。许霆在使用自己真实的借记卡，输入的是真实的密码后，由于银行的过错，导致了溢付，这些溢付款项由于脱离了银行的占有，在法律性质上成为脱离物。而我国刑法规定的侵占罪对象仅限于代为保管的他人财物、他人的遗忘物和埋藏物三种，并不包括脱离物。既然刑法对许霆的行为没有作出明确规定，我们就不能轻易将被告人许霆入罪。至于许霆对银行财产的占有及其造成的巨大损失，只能认定为不当得利，通过民事途径给予解决和救济。② 另有论者从反面论证了这一观点，认为许霆的民事违反行为转化为犯罪缺乏法定特别要件。相对于许霆第一次在自动柜员机上的取款行为，许霆随后实施的同样行为表现出行为人越来越严重的主观恶意，这种越来越严重的主观恶意足以使原先作为“准侵权”的不当得利转化为民事侵权。但是，由于《刑法》没有为这种不当得利或者侵权行为明文规定转化为犯罪的特别要件，因而，无论行为人表现出何等严重的主观恶意或故意，无论行为本身具有怎样的严重情节，均不应当将其认定犯罪并处以刑罚。否则，就是对罪刑法定原则的违反。③

2. 无效交易说

该说认为，许霆的行为只是一个民法意义上的“无效交易”行为，他从 ATM 机中取出的 17.5 万元是“无效交易”的后果，刑法保护的对象是财产本身，而不是“无效交易”的后果，因此许霆的行为不应在刑法调整范围内。④ 如有论者指出，许霆案中，银行作为交易的一方主体，根据正常的交易关系设置 ATM 机，由于自己过错，未认识到机器已经发生异常，继续任由 ATM 机自动与许霆进行取款业务的双方民事行为，显然对自己（由 ATM 机代表）的审核和支付行为有重大误解。如果银行（运营和维护 ATM 机的人员）发现了 ATM 机异常，肯定会中止 ATM 机的业务运行，就不会与许霆之间进行民事往来而造成损失，没有这样做的事实表明，银行（代表银行的运营和维护人员）对于自己（由 ATM 机代表）的审核和支付之民事行为发生了重大误解。因此，银行可请求撤销其与许霆之间的民事交易行为，从而寻求许霆返还钱款。在许霆取得的钱款中，

---

① 参见杨兴培：《“许霆案”的技术分析及其法理思考》，载《法学》2008 年第 3 期；《广东省副省长：类似许霆案的新型案件应慎重审判》，载 http://news.china.com/zh_cn/domestic/945/20080124/14634557.html；赵国强：《许霆案的启示》，载于本书；田文昌：《“许霆案”浅析》，载于本书。

② 参见莫洪宪：《许霆的行为不宜认定为犯罪》，载于本书；夏勇：《许霆案的定性与盗窃罪的行为要件》，载于本书。

③ 参见黄风：《民事违法转化为犯罪须具备法定特别要件》，载于本书。

④ 参见《许霆辩护人坚持为其作无罪辩护》，载新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/23/content_7651211.htm，访问时间：2008 年 2 月 23 日。

余额之内部分的交易有效,故无须返还。总之,许霆案件在刑法上不构成犯罪,在民事上属于不当得利前提下的非法占有或者重大误解前提下的相对无效,都可以依照民法的规定处理。①

3. 银行过错说

该说认为,银行对 ATM 机失灵有过错,就像警察诱人犯罪那样诱使许霆犯罪,此事责任在银行一方。更有专家认为,因为银行服务不完善,勾起了被告人犯罪,银行反倒应该向被告人道歉,甚至应当提起附带民事诉讼。② 如有论者指出,在类似于许霆案的情况中,自动柜员机的错误给付是导致银行遭受财产损失的根本原因,这种错误给付可能涉及银行或相关机构自身的民事责任、行政责任甚至刑事责任。让有过错(包括严重过错)的取款人,除承担法定民事责任外,还为银行的财产损失承担刑事责任是有失公平的。滥用刑事制裁措施甚至会使银行和有关的技术处理部门松懈或者推卸保障金融财产安全的责任。③ 另有论者指出,银行多支付给许霆的款额系由银行自动柜员机的系统错误造成的。许霆的多次取款行为仅仅是出于占小便宜的私心,况且,如果银行第一时间与许霆及时沟通,让许霆将钱款返还,则该案即可平息,故银行不应利用公权以强欺弱、将复杂的问题简单化。④

4. 没有实施合法行为的可能性说

该说认为,在许霆所处的情境(当 ATM 机吐出 1 000 元而只在账户上扣除 1 元钱)下,别说是许霆,任何人都会不断地取钱拿走;许霆又不是圣人,在此诱惑下没有实施合法行为的可能性,因此他的行为不构成犯罪。⑤ 如有论者认为,许霆不具备实施合法行为的期待可能性。也就是说,按普通人的人性,很难期待许霆不实施这种违法行为,因为普通人很难抵御突然降临的意外之财的诱惑。⑥ 另有论者指出,在面对轻而易举就可以不断地向吐钱的取款机取款时,人们很难抵挡诱惑,许霆的行为应当视为是一种平常人的正常表现。相反,要求许霆在此时不取款,甚至主动告知银行,实际上是对许霆的一种苛求,是对人性的高估。⑦

5. 许霆行为难以模仿说

此说认为,许霆遇到的情况是一个概率非常小的事件,其行为缺乏可模仿性,把此

---

① 参见夏勇:《许霆案的定性与盗窃罪的行为要件》,载于本书。

② 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2007-12/24/content_7303762.htm。

③ 参见黄风:《民事违法转化为犯罪须具备法定特别要件》,载于本书。

④ 参见刘丹:《透视许霆案背后的法律人文关怀之争》,载《西部法制报》2008 年 4 月 15 日第 5 版。

⑤ 参见苏沉:《我们应否需要水浒语境下的正义》,载《人民法院报》2008 年 1 月 17 日第 5 版。

⑥ 参见《政法大学教授:许霆案是刑法未规定的全新行为》,载《法制日报》2008 年 2 月 3 日。

⑦ 参见李红海:《法律面对的是脆弱的人性》,载《新京报》2008 年 1 月 13 日第 A03 版。

案列为刑事案件处理缺乏现实意义,应当认定许霆无罪。[①] 如有论者指出,过去银行系统也没有想到 ATM 机会出现这种错误。现在发生了这样的错误,银行系统自然会吸取教训,今后必然会对 ATM 机进行定期检测和维护,这样,类似许霆的行为就不可能再次发生。即使再次发生,也仍然是以 ATM 机出错为前提,仍然是偶然事件。只要银行系统履行职责,保证 ATM 机不出问题,许霆的行为就不会发生。因此,完全没有必要对许霆这样的行为治罪。[②]

6. 刑法谦抑说

该说中比较有代表性的观点认为,对许霆案应该考虑到刑法定罪量刑时通用的谦抑原则,即一个案子如果能用民法解决,就不要再动用刑法来解决。以现代刑法观念观察许霆的行为,显然不属于其他法律调整不了的行为。许霆愿意退还提取的款项,就说明此行为用民事法律完全可以调整。[③] 另有论者指出,刑法的谦抑精神,不仅适用于立法领域,也适用于司法领域;不仅适用于普遍性的政策,也适用于特殊性的个案。对许霆案件也应当根据刑法的谦抑精神,予以无罪处理。[④]

7. 刑罚目的说

该说认为,不对许霆的行为以犯罪论处,类似的行为并不会再次发生,不单是许霆不会再次实施此种行为,就是社会上一般的人也不会再实施此种行为,因为这种行为的实施需要特殊的条件,而这种特殊的条件不可能再次出现,而且也无法人为地创造。一句话,不对许霆治罪也可达到特殊预防和一般预防的刑罚目的,何必治罪呢?[⑤] 如有论者指出,许霆的取款行为是建立在 ATM 机出错的基础之上的,如果 ATM 机不再出错就不会再发生这种行为。这说明,只要修好了 ATM 机,即使不给许霆任何惩罚,也可以有效地防控类似许霆行为的再次发生;反而,如果不修理 ATM 机,即使给许霆最重的惩罚,也无法防控这种行为的再次发生。这说明,防控许霆取款行为的再次发生,关键不在于给不给许霆以犯罪性惩罚,而是在于修不修理 ATM 机。[⑥]

8. 罪刑法定说

如有论者认为,若对许霆以盗窃定罪,实际上是类推定罪。因为许霆的行为有以下三个特点:其一,许霆是用真实的信用卡,用合法的手段从 ATM 机里取款的;其二,在

---

① 《许霆涉嫌盗窃案开庭重审　控辩双方立场未变》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/22/content_7650835.htm。

② 参见侯国云:《许霆取款案的理论解读》,载于本书。

③ 参见《许霆案三焦点引争论　专家指银行滥用公众权力》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2007-12/24/content_7303762.htm。

④ 参见王仲兴:《许霆的行为不构成犯罪》,载于本书;侯国云:《许霆取款案的理论解读》,载于本书。

⑤ 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版;侯国云:《许霆取款案的理论解读》,载于本书。

⑥ 参见侯国云:《许霆取款案的理论解读》,载于本书。

许霆使用合法手段的前提下,是 ATM 机自动将现金送出来的;其三,许霆在提取现金时把自己的个人信息全部留给了银行,等于告诉了银行"17 万是我许霆取走了"。这三个特点使得许霆的行为与传统的盗窃行为有了质的区别。既与盗窃有质的区别,那就不是盗窃。把不是盗窃的行为类推成盗窃行为,然后适用盗窃罪的刑法条文定罪,显然违反了罪刑法定原则。因而主张对许霆不应治罪。[①] 另有论者指出,许霆的行为入罪违背罪刑法定原则。应当说,目前,我国刑法对许霆的行为并没有明文规定,这是不争的事实。[②]

(二)主张许霆的行为构成盗窃罪的观点

1. 关于许霆的行为构成盗窃罪的争论

许霆案的有关裁判文书认为,许霆恶意取款的行为已经构成了犯罪,触犯了《刑法》第264 条第1 项的规定,应当按照盗窃罪予以处罚。其理由是:第一,许霆恶意侵犯公共财产所有权的行为具有严重的社会危害性。许霆第一次在柜员机取款并多占有银行999 元的利益属于民法上的不当得利,不是盗窃行为。但是,许霆通过第一次无意的多取款并查询余额后,明知柜员机出现了异常并能够多占有银行资金,连续取款 170 次,取款金额达 174 000 元,非法占有银行财产 173 826 元,尔后又携款潜逃,至今都未能退赃。许霆的上述行为已经属于一种严重侵权行为,不仅严重侵犯了公共财产的所有权,给国家财产造成了巨大损失,还危害了国家金融机构正常的金融秩序,损害了金融安全,具有严重的社会危害性。第二,许霆恶意取款的行为具有刑事违法性,符合盗窃罪的犯罪构成要件。首先,许霆主观上具有非法占有银行财产的故意。许霆在明知柜员机出现上述异常后,竟然在3 个多小时内连续 170 次恶意取款,其行为相对第一次无意多取款的行为发生了本质的变化,从没有犯罪意图到临时产生了非法占有银行资金的故意。其次,许霆客观上实施的非法取款的手段符合"秘密窃取"的特征。虽然许霆持有的是其本人的银行卡,柜员机旁亦有监控录像,这些都只是使银行事后能够查明许霆的身份,但不足以使银行能够当场发觉并制止许霆的恶意取款行为,所以许霆的行为具有"秘密性"特征;许霆持不具备透支功能的银行借记卡超余额取款,且每次取款银行卡账上都不能如实扣款,其恶意取款的行为之所以能够实现,是因为柜员机出现了异常,不能正确执行银行的指令,所导致出现的不如实扣账等故障情况违背了银行的真实意思,故许霆非法占有银行资金的行为显然违背了银行的意志,许霆取款时虽然输入了正确的密码,但由于许霆是基于非法占有银行资金的这一犯罪目的进行取款,在此前提下,其操作取款行为只是许霆非法占有银行财产的一种手段,密码是否正确并不影响行为的定性,仅说明其行为具有非暴力性。综上,许霆的恶意取款行为

---

① 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,载《法制日报》2008 年 1 月 20 日第 14 版;侯国云:《许霆取款案的理论解读》,载于本书。

② 参见王仲兴:《许霆的行为不构成犯罪》,载于本书。

完全符合“秘密窃取”的法律特征,所以,许霆的行为属于盗窃金融机构,且数额特别巨大。第三,许霆的恶意取款行为具有应受刑罚处罚性。许霆的恶意取款行为已经不是民事侵权行为,其主观恶性及违法程度已经远远超出了民事违法的范畴,如果不受刑罚制裁,就不足以防止类似行为的出现,不能实现刑罚的预防目的。许霆没有法定的不承担刑事责任的情形,应当按照刑法相关规定处罚。①

对于上述关于许霆案件的裁判文书认定许霆的行为构成盗窃罪的观点,不少论者持赞同和支持的态度。

有论者认为,许霆从取款机恶意取款符合盗窃罪的实质特征。客观地说,本案作为盗窃罪确有不同于常见的一般盗窃的特点,这也是引起激烈争论的重要原因。但是,如果我们不是只看形式,而是准确把握盗窃罪构成的实质特征,则完全可以得出许霆犯盗窃罪的结论。首先,许霆实施了秘密窃取取款机内资金的行为。许霆故意利用取款机出现故障之机,在所有者不知情的情况下非法占有银行资金,同一般盗窃手段不同,本质无异,因此,法院定性并无错误。但是,有些人只看到通常盗窃的手段,而忽视了同一种犯罪其犯罪的方法、手段可能是多种多样的。只看形式不看本质难免得出错误的结论。其次,从主观上看,许霆具有非法占有的目的,符合盗窃罪的主观要件。当然,他在最初取款时是正常取款,并无非法目的。但是,当他明知机器有故障,继续多次取款,难道他不是想把巨款占为己有吗?如果他并无非法占有的目的,他有充分条件及时通知银行并把钱交还银行。但是,他并未如此行动,而是几天后即携款潜逃,直至一年后被抓获归案。事实上,没有任何证据可以证明他在连续多次取款之时存在某种误解,根本没有非法占有的意图,而且,从理论上讲,假如以非法占有为目的盗窃了大量财物之后,即使事后又主动归还失主,由于已构成犯罪既遂,原则上也不能改变其行为的犯罪性质。②

有论者指出,在我国当前刑事法学的语境下,许霆的行为构成犯罪并且应当是盗窃罪,主要理由如下:从实质上看,其行为具有严重的社会危害性,达到了犯罪的程度。首先,许霆在意识到 ATM 机出现故障后,在贪欲的刺激下,仍一而再、再而三地操作 170 余次,累计取款 17 万余元。在取款后,又携款潜逃一年多,足以证明其有相当程度的主观恶性。其次,许霆行为造成的客观危害严重。许霆恶意取款达 17 万余元,数额不可谓不巨大,而且事后都被其挥霍一空,严重侵犯了银行的合法财产权益和资金安全。从法律上衡量,许霆恶意取款的行为完全齐备了刑法规定的盗窃罪的全部构成要件。首先,从主观方面来说,许霆具有非法占有的目的。许霆在其已经完全意识到

---

① 参见《广东省高级人民法院刑事裁定书》(2008)粤高法刑一终字第 170 号;《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2007)穗中法刑二初字第 196 号;《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

② 参见王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008 年 4 月 2 日。

ATM 机出了故障,且在取款时自己账户余额不足无权再次取款的情况下,仍一而再、再而三地反复操作 170 余次,累计取款达 17 万余元,其主观恶性暴露无遗。应当说,此时许霆的主观心态已发生了转化,由意外受益的心理转变为非法占有的意图,由被动地获得超额款项转变成为积极主动地侵犯银行的财产。通过反复操作恶意取款,许霆非法占有银行财产的主观意图已经明显地表征出来了。其次,从客观方面来看,许霆实施了秘密窃取银行钱款的行为,且数额特别巨大。其一,许霆的行为符合盗窃罪中"秘密"窃取的特征。虽然许霆是利用真实的信用卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到许霆的真实身份(身份的公开),可事实是许霆实施恶意取款行为时银行并不知晓情况,其身份的公开并不能否定其行为的秘密性,不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性。退一步讲,即使银行当时知晓情况,但只要许霆行为时自认为银行并不知晓,也已足够;其二,许霆实施了"窃取"银行钱款的行为。许霆的行为方式虽相对于一般的盗窃手段和犯罪方法有较为明显的不同,但这只是形式的差异,并无本质的区别。从许霆行为的整体性质来看,其完全符合盗窃罪中窃取的本质特征,应认为属于违背银行意志、侵犯其财产所有权和资金安全的一种特殊形式的"窃取";其三,许霆窃取的钱款数额特别巨大。许霆利用 ATM 机故障恶意取款 17 万余元,已达到了司法解释规定的"数额特别巨大"的标准,完全充足了盗窃罪在客观方面的此一要件。①

另有论者分析指出,首先,许霆具有非法占有目的。许霆明知自己的借记卡所记载的现金只有 170 余元,在发现了 ATM 机的故障后取走 17 万余元的行为,明显具有利用意思与排除意思,即具有非法占有目的。许霆所提出的"本意是想把钱取出来,保护好还给银行"的辩解,不可能得到认同。其次,许霆的行为完全符合盗窃罪的客观要件。(1) 许霆的行为是违反银行管理者意志的行为。根据基本的金融规则,银行管理者仅同意存款人取出与其存款额相应的现金,不会同意取款额超出存款额的情形。这一点也为存款人所知。许霆的行为不可能得到银行管理者的同意,相反,必然违反银行管理者的意志。(2) 盗窃的对象,只能是他人事实上占有的财物,行为人不可能盗窃自己事实上占有的财物。但是,只要行为人事实上没有占有某财物,即使其法律上占有了该财物,该财物也能成为行为人盗窃的对象。ATM 机内的现金由银行占有。一方面,存款人将现金存入了银行后,该现金就由银行事实上占有,而不是继续由存款人占有;超出存款人存款额的现金,更是由银行占有。另一方面,银行占有 ATM 机内的现金这一事实,并不因 ATM 机出现故障或者 ATM 机本身受毁损而改变。所以,许霆盗窃的对象是他人占有的财物。(3) 盗窃行为的特征是转移财物的占有,其方式没有特别

---

① 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,载《法制日报》2008 年 6 月 1 日;赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 253—260 页。

限定;就转移占有的取得型财产罪而言,只要不是符合其他财产罪特征的行为,就可能被评价为盗窃行为。许霆利用自己的借记卡和ATM机故障取出17万余元的行为,属于将银行占有的现金转移给自己占有的盗窃行为。即使认为盗窃必须"秘密窃取",也只是意味着行为人采取自认为被害人当时不会发现的方法窃取,而不影响许霆的行为成立盗窃罪。不少人认为许霆的行为不是盗窃行为,而是正当取款行为。这显然不是在盗窃罪构成要件的指导下归纳案件事实,因而不当。①

还有论者从犯罪论体系视野的角度对许霆案的定性进行了分析,指出在此案件的讨论中作为通说的刑法理论并未"失效",以社会危害性为核心的犯罪概念和以犯罪构成为主干的整个犯罪论理论体系,实则已为许霆这类疑难事案提供了最基本、最有效的分析路径。借助刑法通说犯罪论体系所提供的基本析罪路径对许霆案进行逐层分析,可以认为对许霆案以盗窃罪定性并不违背罪刑法定原则——本案中存在的仅仅只是一个如何以既定的学术理论预设为中介工具,将静态固定的刑法文本同动态变异的生活事实进行适法性对接的问题(尚不存在以"客观解释论"的视角对法条进行重新解释的问题)。②

此外,在刑法学界还有不少认为许霆的行为构成盗窃罪的观点③,虽然表述各异,但实质上与上述几种主要意见相差不大,限于篇幅,不再一一列举。

2. 关于许霆的行为是否属于盗窃金融机构的争论

在赞同许霆的行为构成盗窃罪的诸种意见中,围绕许霆的行为是否属于盗窃罪中盗窃金融机构的加重情形,又存在属于盗窃金融机构和属于普通盗窃罪两种观点的分野。现将持上述两种不同观点的具有代表性的主张综述如下:

(1) 主张许霆的行为属于盗窃金融机构的观点

许霆案不论是一审中被判处无期徒刑还是一审重审后被改判为5年有期徒刑抑或终审维持原判,法院都认定其是盗窃金融机构,从而适用盗窃罪中加重情形的法定刑。如许霆案的有关刑事裁判文书明确指出,许霆的行为属于盗窃金融机构,且数额特别巨大。最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:"刑法第二百六十四条规定的盗窃金融机构,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。"本案中,自动柜员机是银行对

---

① 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版;陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

② 参见冯亚东:《许霆案件之定性:一种犯罪论体系视野的分析》,载于本书。

③ 参见林亚刚:《许霆案的法理分析》,载于本书;利子平、周建达:《关于许霆案定罪与量刑问题的思考》,载于本书;赵微:《ATM机的故障不足以阻却许霆的刑事责任》,载于本书;孟庆华:《许霆恶意取款案定性问题的法理思考》,载于本书;王志祥、姚兵:《许霆案定性的理性思考》,载于本书;阴建峰:《许霆案的刑法社会学分析》,载于本书;等等。

外提供客户自助金融服务的设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金,许霆盗窃自动柜员机中资金的行为依法属于"盗窃金融机构"的行为。①

在刑法学界,也有不少学者认为,许霆的行为属于盗窃金融机构。其中较有代表性的观点,如有论者指出:

> 《刑法》第264条规定的"盗窃金融机构"是"盗窃金融机构资金"的缩略语,因为金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象的。对此,1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条的规定,即刑法第264条规定的"盗窃金融机构",是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。因此,只要承认自动取款机中的款项是金融机构的经营资金,就难以否认许霆的行为属于盗窃金融机构。②

有论者认为,许霆并没有盗窃ATM机,而是盗窃了ATM机中的现金,ATM机中的现金是银行的经营资金,银行属于金融机构,故许霆盗窃了金融机构的经营资金。③ 撇开许霆案件,只就法条的含义理解,"盗窃金融机构"应当包括盗窃ATM机里的钱;ATM机里的钱,就是金融机构的钱,这是基于事实基础上的实然性认知。不管持何种看法,不论出于何种目的,均不能否认这个不容置疑的事实。至于对该规定优劣的评说,则属于应然性的价值判断。④

另有论者指出:

> 第一,取款机是工具,但是,银行将它设立在公共场所的一定空间,就成为银行的一处服务网点,实为金融机构的一个组成部分,其与有人服务的金融机构可执行的服务基本性质一样。第二,刑法规定的"盗窃金融机构"着重在于金融机构的资金,在国家经济建设中具有不同于一般单位或个人的资金的重要功能及意义,所以,需要给予特殊的保护。既然取款机内的资金属于银行所有,就没有理由把盗窃取款机内的资金排除在盗窃金融机构之外。⑤

此外,还有相当一部分人认为,ATM机是金融机构的延伸,故而许霆的行为属于盗窃金融机构。⑥ 另有论者则将其表述为ATM机是银行柜台的延伸。无论是行内的

---

① 参见《广东省高级人民法院刑事裁定书》(2008)粤高法刑一终字第170号;《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2007)穗中法刑二初字第196号;《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第2号。

② 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

③ 参见张明楷:《许霆案的定罪与量刑》,载《人民法院报》2008年4月1日第5版。

④ 参见王仲兴:《许霆的行为不构成犯罪》,载于本书。

⑤ 王作富:《许霆构成盗窃罪》,载《人民法院报》2008年4月2日第6版。

⑥ 参见《ATM机引发的牢狱之灾》,载 http://view.news.qq.com/zt/2007/atm。

ATM 机还是离行的 ATM 机,都属于银行的自助网点,ATM 机内的现金来源于金融机构,其财产的所有权属于金融机构,其不过是为了便捷客户而通过电子系统代替银行柜台为客户提供服务的装置。不能为了对被告人从宽处罚就对“金融机构”的含义作所谓的限制解释,而将 ATM 机排除在“金融机构”之外。这既不符合司法解释的精神,也超越了限制解释的界限。①

除上述列举的几种具有代表性的认为许霆的行为属于盗窃金融机构的观点外,尚有一些大同小异的表述②,这里不再赘述。

(2)主张许霆的行为属于普通盗窃的观点

持这种观点比较有代表性的学者首推赵秉志教授,他认为许霆的行为不宜认定为盗窃金融机构而属普通盗窃,并从立法原意、立法精神、ATM 机的法律性质、有利被告的原则和社会相当性理论等五个方面对其进行了深入论证。

首先,从立法原意来看,1997 年《刑法》第 264 条第 1 项之所以规定“盗窃金融机构,数额特别巨大的”作为可以适用死刑的加重情形之一,主要是为了严格限制死刑的适用。从这一立法原意出发,应当对作为盗窃罪中加重情形的“盗窃金融机构”作出严格的限制解释,而不应将 ATM 机解释成金融机构,也不宜把盗窃 ATM 机中的资金解释成为“盗窃金融机构”。

其次,从立法精神来看,1997 年《刑法》第 264 条第 1 项规定的“盗窃金融机构”,通常是指破门而入盗窃金融机构的资金,或者通过篡改金融机构的系统程序或破坏其设备等进入金融机构内部(包括物理空间和虚拟空间)进行盗窃的情形,因为只有这些有预谋或者破坏性的进入金融机构内部盗窃金融机构资金的行为,才有着特别严重的社会危害性,故而也才需要运用较高的刑罚甚至不惜动用死刑进行抗制。而许霆既未采用破坏性或技术性的手段进入到银行内部或通过篡改程序等窃入其系统,也没有撬开或砸破 ATM 机来获取款项等,不论是从许霆行为的犯罪性质及情节的严重程度来看,还是从他的主观恶性与人身危险性的大小着眼,均不宜将许霆的行为认定为“盗窃金融机构”。

复次,从 ATM 机的法律性质来看,其在法律地位上相当于一个电子营业员,它和一个作为自然人的银行营业员在经营业务上并没有本质的区别。既然利用银行柜台营业员的疏漏反复多次恶意取款不能认为是“盗窃金融机构”,那么利用 ATM 机故障而恶意取款也不应认为属于“盗窃金融机构”。此外,不能因为 ATM 机中的资金属于银行(金融机构)的经营资金,就简单地认定许霆利用 ATM 机故障而恶意将其取走的行为属于“盗窃金融机构”。因为倘若金融机构把资金不是放在 ATM 机中而是放在其

---

① 参见付立庆:《“利用 ATM 故障恶意取款案”法律性质辨析》,载《法学》2008 年第 2 期。

② 参见林亚刚:《许霆案的法理分析》,载于本书;王秀梅、杜澎:《科学定罪与艺术量刑》,载于本书;王志祥、姚兵:《许霆案定性的理性思考》,载于本书;等等。

各种交通工具里，能否说盗窃这类交通工具上的资金也属于“盗窃金融机构”呢？显然不能。

再次，从有利被告的原则来看，当对许霆的行为是不是盗窃金融机构的问题还存在模糊之处或者暂时“解释不清”而存疑时，法院应按照有利被告的原则对其进行合理的限制解释，即不应作出把许霆盗窃ATM机中资金的行为解释为“盗窃金融机构”这一不利被告的解释。因为法律的模糊或漏洞应当由立法者自己来承担不利后果，而不能转嫁给国民。

最后，从社会相当性理论来看，许霆利用ATM机故障而恶意取款的行为，在普通大众的法治观念里，其应受非难谴责的程度比较低，对其的规范评价不会很严厉。如果需付出其终生自由乃至要牺牲生命为代价（若将其行为认定为“盗窃金融机构”），在社会大多数人看来，这是苛酷和难以接受的，严重偏离了社会大众对正义的期盼和长期以来涵化的伦理情感。因而用社会相当性的思想来考量，也不宜将许霆的行为认定为盗窃金融机构。①

北京大学贺卫方教授接受《南方都市报》采访时表示，法律明文规定盗窃金融机构且数额特别巨大时，只有两个选项：无期徒刑和死刑。作为刑法中非常严厉的一个罪名，司法评判的标准是什么，前后所做判决的差异如此之大，所依据的是怎样的法律推理？我们需要透过法律条文找出其背后的立法依据是什么。也就是说，当时制定刑法的立法者们，本身想象的金融机构是一个什么样的情况，有没有考虑到ATM机的情景。11年前中国的ATM数量还不到现在的1/10。我总觉得，当时立法者可能想象，盗窃金融机构是指月黑风高，江洋大盗入室抢劫、溜门撬锁等。像许霆这样，拿自己卡取钱时ATM机出了故障的情形，可能他们并未预料到。②

时任最高人民法院副院长姜兴长大法官在2008年3月“两会”期间接受记者采访时表示，广州许霆案属于恶性取款，定罪判刑是应该的，但这是一个特殊的盗窃案件，判处盗窃金融机构罪显然不合适，应该综合考虑法律效果和社会效果。许霆的取款过程和细节值得关注，要看钱是怎么取出来的，是否存在强行砸机取款，或者与金融机构内外勾结的行为。③

除此之外，还有论者认为，传统意义上的金融机构是指银行、保险公司、信托公司等，它们有严格的保安系统，要突破层层关卡才能进入银行行窃，正因如此，刑法才对这些机构进行重点保护，但本案并非这种情况，许霆并没有为实施盗窃而突破层层保

---

① 参见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载《法制日报》2008年6月1日；赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第266—272页。

② 参见《许霆案反思：30年来的中国司法改革》，载《南方都市报》2008年5月25日。

③ 参见徐春柳：《最高法院副院长：许霆案一审量刑过重》，载《新京报》2008年3月11日。

安。即便有人说柜员机是银行的设施,可视为银行这个金融机构的延伸和组成部分,但它也必须是在银行的控制下才行,现在它出错了,银行不能控制它了,就不能将其定性为金融机构了。①

有论者指出,我国《刑法》第264条第1项专门规定的盗窃金融机构罪,其根本目的是加大对金融机构的保护,使其能够正常有序地运转。然而,银行的所有部门或设施并非都是刑法所特指的金融机构,只有盗窃银行肌体的中枢神经,才会触动或影响其机构的正常运行,并造成严重的社会危害。ATM机不能代表《刑法》第264条所指的金融机构,它在银行的系统之中只是一个周围神经,不在银行职员的直接监管之下,它的职责只是按程序付款,由于机器没有人的理性或情感,对ATM机实施任何暴力或暴力威胁也不会构成抢劫罪,其最大的损失也不过是机器内现存的金额,不会扰乱金融机构的管理秩序。而银行的中枢组织部门则不同,可谓牵一发而动全身,虽然盗窃的数额可能不是很大,但是对金融秩序的破坏力是远远超过盗窃ATM机。一个类似的例子,盗窃大街上的公用电话机上的电线,不同于盗窃使用中的电路电线,因为使用中的电线是通信的中枢神经,直接影响到公共安全,而街头公用电话机上的电线是通信的终端,只会造成直接财产的损失而不会侵害其他利益。总之,盗窃ATM机在犯罪的客体上仅仅是侵犯了财产所有权,而盗窃金融机构的中枢神经侵犯的则是银行的正常运行和管理秩序,对这两种不同的犯罪客体要予以厘定,不能片面或教条化地理解"金融机构"的特定概念,许霆只能构成一般的盗窃罪,以盗窃金融机构定罪有小题大做之嫌。②

有论者认为,这里的"金融机构"不应从字面上来理解,而应限制解释为"金库",因为只有盗窃金库的行为才具有极其严重的危害性,而选定防范严密的金库为盗窃对象也反映了行为人巨大的人身危险性,因此只有对盗窃金库的行为才值得使用无期徒刑以上刑罚来惩罚和威慑。如果将面向公众服务的柜员机也理解为"金融机构",则由于人性固有的弱点以及机器的不可靠性,很容易诱人身陷重罪。③

有论者认为,从司法解释的规定来看,许霆的行为也不属于"盗窃金融机构"。即使根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定,也很难说许霆的行为属于"盗窃金融机构"。因为从该规定的表述来看,其包括前后两段。前段规定,盗窃金融机构是指出盗窃金融机构的资金、有价证券和客户资金等;后段则明确盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为不属于"盗窃金融机构"。可见,该规定并不是对"盗窃金融机构"的完整定义,而仅仅是对"盗窃金融机构"的限定性规定。即在"盗窃金融机构"的行为中,只有真正盗窃了"金融机构"的经营资金、有价证券和客户资金等才属于"盗窃金融机构",而盗窃金融机构中的办公用品、交通

① 参见刘仁文:《法院判决缘何与公众的法感情背道而驰》,载《法制日报》2008年1月11日第3版。
② 参见赵微:《ATM机的故障不足以阻却许霆的刑事责任》,载于本书。
③ 参见沈海平:《情法冲突考验司法理念——对许霆案的法律思考》,载《人民检察》2008年第3期。

工具等财物的行为则不属于“盗窃金融机构”。显然,“盗窃金融机构”并不等同于盗窃属于金融机构的财产。更何况“金融机构”与属于“金融机构的设施”也存在本质的区别。无论是银行类金融机构还是非银行金融机构,都是指某一个机构即单位,而非隶属于该单位中的某个附属设施。显然,银行所隶属的自动柜员机仅仅属于“金融机构”的附属设施,既不能等同于“金融机构”本身,亦不能视为是“金融机构”的分支机构。因此,盗窃银行自动柜员机的行为,不能认为就是“盗窃金融机构”。①

有论者指出,基于罪刑相适应原则,将所有的自动取款机全部无一例外地理解为“金融机构”,不仅仅在本案中显然使许霆承担了过重的刑事责任,而且忽视了盗窃不同的金融机构和金融机构内部不同财产、处于金融机构内外的不同位置、不同环境下的取款机的危害性差异。②

有论者从类型思维的角度进一步论证了许霆案属于普通盗窃罪,认为因为根据类型思维,我们并不将ATM机视作一种固定不变的客观实体,而是看做与个案的客观条件与行为特征相连接的关系性范畴。而在这种关系性范畴中,法官所关注的是个案中的ATM机在法律评价上的意义(能否与金融机构等同视之),而不是其普遍的物理意义(究竟是否属于金融机构)。这也说明了为什么同样是ATM机,在许霆案中与在我们上面所设想的情形中不应作同一的法律评价。ATM机具有技术故障这一客观条件,许霆行为的即时性与和平性,都说明了与本案的特殊条件与行为特征相关联的ATM机不能被视作金融机构。因此许霆的行为构成一般盗窃罪。③

除上述观点之外,还有不少人认为:“至于说ATM机是不是金融机构,我想,正确的回答只能是否定的。因为,能称为‘机构’者,是包括组织、人员在内的。金融机构,不但包括坚固的房舍、严密的保安,更包括金融系统的组织、领导、员工。请问,没有组织,没有人员,能叫机构吗?ATM机顶多也只能算是金融机构的一种工具而已,说它是金融机构的延伸,实在荒唐。”④另有人指出:“在银行人工柜台上办理取款业务时营业员多支付了客户钱款或者客户取款后营业员在客户存折上少登记了能够推定客户盗窃金融机构吗?当然不能吧!同理,许霆的行为不应被推定为盗窃金融而被课加本来不应当由其承担的额外加重的刑事责任。”⑤等等。

(三)主张许霆的行为构成诈骗罪的观点

在我国刑法学界主张许霆的行为构成诈骗罪较有代表性的学者是谢望原教授。他指出,从学理上来看,利用信用卡从ATM机上非法套取钱款,完全符合诈骗罪的本

---

① 参见利子平、周建达:《关于许霆案定罪与量刑问题的思考》,载于本书。
② 参见于志刚、李怀胜:《对网络犯罪社会危害性的反思》,载于本书。
③ 参见雷磊:《实践法律思维的构造——以许霆案为思考契机》,载于本书。
④ 参见万静:《恶意取款案成热点 专家激辩许霆是否有罪》,载《法制日报》2008年2月3日第8版。
⑤ 参见李道军:《对许霆案的深层解读》,载《法制日报》2008年1月20日第14版。

质特征,对此类行为按照诈骗定性更符合逻辑。毫无疑问,诈骗罪的本质特征就是以不诚实的手段骗取不属于自己的有价值之物,而不在于被欺骗的对象是聪明的成年人还是认识能力尚未发育成熟的幼童,抑或机器人。ATM 机实际上就是柜员制度中的负责存取款的自动柜员(机器人)。由于 ATM 机器人完全代行了银行柜员的职能,对 ATM 机器人的欺骗本质上就是对银行柜员的欺骗。而利用 ATM 机的错误非法套取银行钱款,正如行为人使用小额票面值的钞票哄骗无知幼童(如把 10 元钞票说成 100 元钞票),进而骗取其价值较大之物品一样,这种行为事实上就是不诚实地骗取了银行钱款。本案的特点是行为人利用了银行卡,同时利用了 ATM 机的程序错误。但实质上仍然是行为人对 ATM 机进行了不诚实的欺诈性操作。因而,许霆的行为属于以银行卡作为工具的诈骗钱款,符合《刑法》第 266 条规定的普通诈骗罪构成要件,而不符合第 196 条专条规定的信用卡诈骗罪的客观构成要件。①

另有论者认为,在许霆案中,许霆不是秘密地破坏了机器或者采取其他方法偷走里面的钱,而是输入了虚假的信息,使银行(ATM 机)产生了错误的认识"自愿"付款,从而使许霆行骗成功。人在一定的情况下基于错误的认识往往会作出错误的行为,智能机器也不例外。当许霆隐瞒自己卡内余款不足的真相,告知银行虚假取款信息时,不管是柜台前的这个自然人认识错误而"自愿"付款,还是 ATM 机认识错误"自愿"付款,从法律关系上只能是银行认识错误而"自愿"付款,被骗的是银行。所以,在许霆案中被害人银行不是被动的、相对静止的和无意识的被窃,而是与许霆互动的、有意识(尽管是错误的意识)的、"自愿"的完成交易的,是被骗的。②

还有论者认为,在 ATM 机取款的时候,可以设想有一段对话。比如你取 100 元,ATM 机会问你:是否确定取款 100 元?只有你按了"是"这个选项,ATM 机才会出钱。这里,许霆明知取款后可以得到比 ATM 所提示的更多的款项,而又按了确定。那么就存在隐瞒事实真相、虚构事实的情节。③

(四)主张许霆的行为构成侵占罪的观点

有论者从类型分析方法的角度分析了许霆案的定性,得出结论:许霆的行为构成侵占罪。并分析指出,许霆的行为与拾得他人遗忘物为同一行为类型。当 ATM 机因故障而自动弹出财物时,某人拿走这些财物在行为类型上与拾得他人遗失物同一,拒不交出应构成侵占罪。许霆案中取 1 000 块钱卡中扣 1 块钱后拿走 1 000 元钱,与取 1 块钱 ATM 机自动弹出 1 000 块钱后拿走 1 000 元钱行为类型是同一的,如果后者与典型

---

① 参见谢望原:《无情的法律与理性的解释》,载《法制日报》2008 年 1 月 28 日第 14 版。

② 参见张学辉:《是窃,还是骗?三论许霆构成诈骗罪》,载 http://law.chinagate.com.cn/case.php?action=viewcase&id=9508。

③ 参见《许霆案是否构成犯罪?如果是,应该如何认定罪名?》,载广州互动社区网 http://www.gzclub.com.cn。

的拾得他人遗忘物是同一行为类型的话,则许霆行为就应构成侵占罪。行为人取1块钱但是ATM机却弹出1000块钱,那么多出的999元属于ATM机自动弹出,弹出后的999元钱银行已失去占有,拿走这999元钱对于行为人而言,完全等同于拾到他人的遗失物的行为类型,拒不交出当然应构成侵占罪。所以如果按逻辑逆向推导结论就是:拾得遗失物与取1块钱ATM机自动弹出1000元钱后拿走是同一行为类型,取1块钱ATM机自动弹出1000元钱后拿走与取1000元钱卡中只扣一元钱后拿走1000元钱是同一行为类型,则拾得遗失物与取1000元钱卡中只扣一元钱后拿走1000元钱是同一行为类型,所以许霆的行为符合拾得遗失物的行为类型,应构成侵占罪。①

有论者认为,许霆以正常程序恶意提款17万余元之后,就必然产生对该款妥善保管(不能动用和丢失)和归还银行之义务。无论出于什么原因,只要许霆能够在第一阶段完璧归赵,那么许霆的问题就可以在道德范畴画上句号。如果许霆由于良心发现而主动将17万余元还给银行,并告知ATM机的反常现象,提请银行及时堵塞漏洞,那么,这将成为许霆成功的道德自救,他不应再受到任何谴责。然而,取到巨款的许霆尽管惶恐不安,却又欲罢不能,他不仅未尽保管与还款义务,反而携款潜逃,任意挥霍,拒不退还。这样,许霆就将自己推向了违法阶段;他触犯了《刑法》第270条,构成了侵占罪,而且属于数额巨大,情节严重的侵占罪,依法可以判处2年以上5年以下有期徒刑,并处罚金。②

另有论者认为,在本案中许霆具有合法的取款人身份,他的每一次取款都是正常操作,与一般储户的取款行为并无两样,其行为本身都不违反法律规定,至于出现不当得利的结果的主要原因是ATM机存在技术故障,但该故障并非是许霆的行为造成的。许霆的第1次取款与其后的取款,在行为上都是一样的,行为本身不违反法律规定……在客观方面,许霆的取款行为与一般储户一样都不违反法律规定,只是在主观方面存在过错,如果就此来认为许霆的取款行为是违法行为,显然是"主观归罪"……从整个案情看,许霆存在前后两个行为,先是通过合法的取款行为获取不当得利,后是非法予以占有,符合侵占罪的行为特点。因此,许霆在合法持有不当得利后,没有尽到善良保管义务和及时返还给银行,而是予以非法占为己有,进行挥霍并逃匿,数额巨大,拒不退还,其行为构成侵占罪。③

还有论者指出,在许霆案中,许霆实施了插真卡输密码、从出款口拿钱两个积极的身体举动和拒不返还从出款口拿的钱、拒不偿还少扣余额。其中,"插真卡输密码"无

---

① 参见董玉庭:《ATM机上非正常取款行为的刑法学分析——兼论类型分析方法在刑法解释学中的运用》,载《人民检察》2008年第8期。

② 参见马长生、李莎莎:《许霆案的初步思考》,载于本书。

③ 参见李飞:《许霆案之法律症结与肯要》,载北大法律信息网 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID=41900。

刑法评价意义,“从出款口拿钱”属于侵占脱离银行占有的遗忘物,“拒不返还、拒不偿还”是侵占罪的评价内容。①

此外,还有极个别人认为,在柜员机出现错误的场合,由于银行没有足够时间追回款项,只是因为周末而错过,因此可以将这17.5万元视为“遗忘物”,许霆的离开行为仅构成侵占罪。②

(五)主张许霆的行为构成信用卡诈骗罪的观点

关于主张许霆行为构成信用卡诈骗罪的观点,主要涉及对信用卡诈骗罪中“恶意透支”的理解问题。

如有论者指出,由于ATM机出故障,许霆所用借记卡能够在自己卡中仅存170余元的情况下取出17万余元现金,表明其借记卡已具备了透支的功能(即在卡中无存款记录的情况下先支取钱款)。如果他是以非法占有为目的,经发卡银行催收后仍不归还,那就是恶意透支。对许霆案之类的案件不定盗窃罪,而按非法透支处理,还可以避免出现不合常理的处罚现象。③

有论者认为,在许霆案中,许霆持有的借记卡,没有透支功能,但是他取款的这台ATM机因程序上的故障原因,这一“虚拟银行”授予了许霆持有的没有透支功能信用卡的透支功能和透支数额。许霆在“虚拟银行”的错误授权下,连续不断地以非法占有为目的,在“虚拟银行”内取款,且逃离广州,在银行的催收下仍不予归还透支款,其行为主观方面和客观方面完全符合恶意透支行为。④

还有论者认为,许霆在得知ATM机已经出错,他手中的工资卡具有了透支功能后,明知自己只有170元存款,银行没有给他任何信用额度,却分171次从ATM机透支取款17.5万元,属于超过限额透支;得款后立即离开原工作单位,也没有回家,使银行无法向他催收透支款,时间超过1年,属于透支后逃避追查,已经构成“经发卡行催收后仍不归还”情形,应以信用卡诈骗罪论处。⑤

(六)主张许霆的行为构成合同诈骗罪的观点

关于许霆行为的定性问题,还有少数意见认为许霆的行为构成合同诈骗罪。

如有论者指出,许霆持有银行卡的事实说明其与银行之间存在着合同关系,许霆使用银行卡在柜员机上取款,是与银行进行取款交易的合同行为。许霆在取钱时很清楚其不具备透支功能的银行卡上只有170余元,他第一次取款时输入1 000元取款指

---

① 参见高艳东:《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》,载《中外法学》2008年第3期。

② 参见黄琼:《男子趁ATM机出错恶意提款171次被判无期》,载《新快报》2007年12月17日第3版。

③ 参见刘明祥:《在ATM机上恶意取款行为不应定盗窃罪》,载《检察日报》2008年1月8日。

④ 参见《解决ATM恶意取款案的金钥匙——信用卡诈骗罪》,载http://bbs.tiexue.net/post_2535386_1.html。

⑤ 参见夏祖珠:《许霆案构成信用卡诈骗罪》,载http://www.66law.cn/channel/viewlawarticle.aspx?lawarticleid=2911。

令纯属无意，被扣1元后，他多得的999元属于民事上的不当得利；但是，之后他不仅明知该999元不是自己应得财产仍将其据为己有，而且利用柜员机的识别错误，以恶意占有为目的又连续170次故意输入超出其实际存款数额的指令恶意取款，其行为属于由合同交易行为衍生出的刑事犯罪，符合《刑法》第224条第5项规定的“以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，以其他方法骗取对方当事人财物的”合同诈骗罪的构成要件。①

有论者认为，合同诈骗罪在客观方面表现为签订、履行合同过程中骗取对方当事人财物的行为。储蓄行为无论是从主体、订立、内容和形式上都是属于合同行为，储蓄合同成立后，储户的主要合同权利就是实时可以要求银行履行还款义务。银行也有义务随时应储户的要求付款。本案许霆划卡是提出付款要求，ATM机吐钱是银行履行还款义务。因此17万元是在履行合同中被占有的是毫无疑义的。根据《刑法》第224条的规定，骗取必须为下列情形之一：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。显然许霆案属于第五项以其他方法骗取对方当事人财物的情形。②

还有论者认为，许霆作为合同一方在履约中明知自己权利义务的情况下，多输入取款金额，并没有采取秘密措施，而是采取的一定方式构筑了虚假的合同权利，利用了ATM取款机错误，让银行方面自愿付款。③ 许霆是明知自己的银行卡中的款项只有170余元，但在履行合同的过程中，在取款1 000元但只扣银行卡中1元的行为成功后，先再以取款1 000元试探是否还能继续取款，在证实能继续取款的情况下，以非法占有为目的，一连取款171次，先后取款17.5万元，符合“没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诈骗对方当事人继续签订和履行合同”为特征的“以其他方法骗取对方当事人财物”的合同诈骗行为。④

（七）主张许霆的行为构成金融凭证诈骗罪的观点

另外还有极少数论者认为，许霆案应定性为构成金融凭证诈骗罪。

如有论者认为，许霆恶意取款能够构成金融凭证诈骗罪。所谓“金融凭证诈骗罪”，其犯罪对象是银行的结算凭证。该罪在客观方面表现为：改变银行的结算信息。

---

① 参见仇京荣：《许霆案不当定性将挑战电子交易法律基础》，载《中国经济时报》2008年6月26日。

② 参见黄秩和：《天上掉馅饼能吃吗？——关于“取款17万被判无期”的一点议论》，载北大法律信息网 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID =41164。

③ 参见《许霆的行为构成合同诈骗罪》，载 http://www.ahjcg.cn/Article/ShowArticle.asp? ArticleID =4753。

④ 参见《“许霆案”应以“合同诈骗罪”定案为妥》，载 http://blog.163.com/chefu_987。

在该案中,许霆明明知道银行的结算信息发生了错误,而通过“人—机”对话的公开方式获得财物,实际上,许霆与银行通过机器一直在“对话”,这种方式符合诈骗的特征。许霆在行为上表现为多次取款,他通过取款的方式导致结算信息一再发生错误,从而达到非法占有巨额款项的目的。因而,许霆的行为构成了金融凭证诈骗罪。①

有论者指出,许霆取款其实是在银行不情愿的情况下,即违反银行真实意思表示的情况下,向银行“强行”贷款,因为许霆的取款均记录在他与银行的往来明细账中,同时也有摄像记录,鉴于 ATM 机的技术故障,许霆向银行贷款行为获得成功。其行为应构成了“金融凭证诈骗罪”。《刑法》第 194 条第 2 款规定:使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证,数额较大的构成“金融凭证诈骗罪”。②

二、关于许霆案件的量刑问题

许霆案的量刑问题同样是社会各界广泛关注的焦点。自 2007 年 11 月 20 日广州市中级人民法院一审作出判处许霆无期徒刑的判决伊始,许霆案在社会上就反响强烈,尤其是网络舆论铺天盖地。2008 年 1 月 9 日,广东省高级人民法院作出了撤销原判的裁定,将许霆案发回广州市中级人民法院重新审理。及至 2008 年 3 月 31 日,处在舆论风口浪尖的广州市中级人民法院在众人瞩目下作出了一审重审判决,仍以盗窃金融机构的犯罪定罪却改判许霆 5 年有期徒刑。后来这一判决结论被 2008 年 5 月 23 日广东省高级人民法院作出的终审裁定维持,并于 2008 年 8 月 20 日被最高人民法院复核核准。对于许霆案的重审改判,在法学界和社会公众中再一次引发了热议。

(一)关于许霆案件的量刑轻重问题

关于许霆案件的量刑轻重问题,不论是普通民众还是官员学者,可以说是见仁见智,众说纷纭。

对于许霆一审被判处无期徒刑,民众普遍觉得量刑过重。据调查,一审判决后,“九成以上的网友认为法院对许霆量刑过重。”③网络民意对法院判决的“积怨”,推动着许霆案像滚雪球一样越滚越大。原因很简单,老百姓们认为,这年头,为什么同是贪污受贿成百上千万的贪官大多也只是最高判处无期徒刑,而作为打工仔的许霆只不过是利用 ATM 机故障恶意取款 17 万余元,竟然也被判处无期徒刑,差距如此悬殊,公平正义何在?④ 有网友愤懑不满地表示:“贪官贪污 1 亿与许霆取款 17 万同判无期的内在原因是:贪官是官,许霆是老百姓。”甚至还有人直陈中国法律的“弊端”,不无讽刺地

① 参见朱俊骏:《律师致信广州中院称许霆构成金融凭证诈骗罪》,载《现代快报》2008 年 1 月 20 日。
② 同上注。
③ 参见《九成网友认为量刑过重》,载《牛城晚报》,2007 年 12 月 25 日第 A8 版。
④ 参见赵秉志、彭新林:《关于许霆案件的法理问题思考》,载《刑法论丛》(第 14 卷),法律出版社 2008 年版,第 272 页。

指出:"中国的法律是橡皮筋式的,因人身份地位不同,松紧度很大。"①全国人大代表、最高人民法院副院长姜兴长在"两会"期间表示,"我可以肯定,如果判无期徒刑,确实判重了,法律效果和社会效果也结合得不好,何况银行也有责任。银行也应该及时总结经验教训。"②广东省人民检察院检察长、党组书记郑红也直言,办案应考虑法律效果和社会效果统一,许霆案判得太重了一点。③ 另有论者认为,确实,从盗窃罪的发案率一直居高不下,长期以来占据刑事犯罪总数的一半以上的现实来看,对盗窃犯罪采取严厉打击的做法是有其道理的,只是,从缩小刑事司法当中实际存在并日益突出的罪刑失衡的角度出发,对于许霆盗窃不到20万元的行为处以无期徒刑,未必是一件好事。④ 还有论者表示,对许霆量刑过重的意见是完全可以理解的。更何况许霆是利用自动取款机的故障盗窃,犯罪行为的发生与银行过错存在一定的关联。当然,这个问题的出现本身较为复杂,既有规则制定上的原因,也有规则适用上的原因。⑤

至于许霆案重审改判为5年有期徒刑,此判决作出后,包括人大代表在内的旁听许霆案的市民纷纷表示此判决比较合适。⑥ 如有人认为,17万余元数额虽不小,但与数百万、千万的侵犯财产犯罪相比也不算特别大,该结果体现公平、公正,体现罪刑相适应原则,做到法律效果和社会效果相统一。⑦ 另有人认为,本次判决对许霆还是适度的,你不能说人家大门开了,你有意识的进去取钱,出来还要人判你无罪,更不要将钱返换,觉得再闹,那就过分了。做人要适可而止。⑧ 还有人认为,其实分析一下判词,个人觉得这种判决应该是公正的。法官主要依据是"主观故意",而没有对第一笔1 000元认定,所以判无罪是不可能的,也就是说对第一笔取错是可以不追究责任,但后来的恶意取款必须追究,这也给银行一个警示⑨等等。据新浪网所作的"你是否接受许霆案的重审结果?"的网上民意调查⑩显示,有82.59%的人认为,对许霆案的重审结果不能接受,许霆应判无罪或更轻的刑罚。有16.56%的人表示,能够接受,改判为5年算是

---

① 余亚莲、黄琼:《从无期到5年 谁是许霆案幕后推手?》,载金羊网 http://www.ycwb.com/xkb/2008-04/01/content_1847270.htm,2008年4月1日。

② 《许霆案量刑过重渐成共识 最高法将研究》,载中新网 http://www.xapufa.gov.cn/News.asp? Id = 1073。

③ 同上注。

④ 参见黎宏:《许霆案背后当反思罪刑均衡》,载《检察日报》2008年2月14日。

⑤ 参见陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。

⑥ 参见《许霆以盗窃罪被判5年 追缴赃款罚2万》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-03/31/content_7892288.htm。

⑦ 参见《专家称许霆案属特案特判》,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-04/01/content_7894181_1.htm。

⑧ 同上注。

⑨ 同上注。

⑩ 截至2008年5月22日,共有10 559人参与投票。

宽大了。仅有0.84%的人表示不关心,无所谓。[①] 而南都网所作的许霆重审被判"五年重不重?判得冤不冤?"的网上民意调查[②]则显示,有41.2%的网民认为太重,而53%的网民则认为太轻,认为合适的仅只有5.8%。[③] 这与一审判决时超过九成网民认为量刑太重形成鲜明对比。在重审结果出炉后,不少民众发出"从无期徒刑改为有期徒刑5年,前后两次判决如此大差距,实在没有想到!"[④]的感叹。事实上,"无期徒刑与5年有期徒刑之间的落差几乎就是垂直落地动作,旁观者想不惊叹亦不可得。"[⑤]甚至还有不少人质疑:"如果按盗窃罪量刑,被判无期可以说有依据,判5年依据是什么?这样一审无期重审5年的做法,真是莫名其妙,难道舆论可以左右法律,许霆案固然有特殊之处,但法院这种随意处置,哪是什么法治社会?"[⑥]重审结果既出,坊间议论虽未见得同声同气,但较之于此前对无期徒刑判决的口诛笔伐,毕竟舆情还是有所疏解,民心也有所宽慰。正如有论者所言,许霆案的重审将许霆的量刑从无期徒刑大幅度地降到了5年有期徒刑,虽然对于那些认为许霆的行为不构成盗窃罪的人来说,这个结果仍然不能令人满意,但可以肯定地说,较之原来的畸形重判,现在这一改判结果肯定更加符合大众的法感情。从已有的社会反应看,无论专家还是大众,都没有原来一审后的那种惊讶,而且基本都对这种轻判持肯定态度。[⑦]

除上述认为许霆被判处5年有期徒刑合适的观点外,在我国刑法学界,也还有论者认为,许霆重审改判后的量刑显属过轻。持这种观点最具有代表性的学者是赵秉志教授。在赵教授看来,如果许霆案按照普通盗窃罪判罚,本次判决的程序无可厚非,但是改判为5年有期徒刑的量刑显然过轻,依法判处10年左右的有期徒刑也许更为适当。事实上,一审和重审均认定了许霆恶意取款17万余元,数额特别巨大,即使认为其不属于盗窃金融机构(即按普通盗窃处理),按照《刑法》第264条的规定,判处的刑罚也应当是10年以上有期徒刑或无期徒刑,而非不满10年有期徒刑。如果认为许霆行为还符合盗窃金融机构这一加重情形的话,则更应如此。众所周知,我国《刑法》第264条对盗窃罪中"盗窃金融机构,数额特别巨大的"情形配置的刑罚是"无期徒刑或者死刑"。即使按照《刑法》第63条第2款特殊减轻的规定在法定刑以下判处刑罚,也不宜判处不满10年有期徒刑。因为同等情况下,普通盗窃罪都应判处10年以上有期

① 见新浪网 http://survey.news.sina.com.cn。

② 截至2008年5月22日,共有4008人参与投票。

③ 见南都网 http://epaper.nddaily.com/A/html/2008-04/01/content_428622.htm。

④ 参见《许霆以盗窃罪被判5年　追缴赃款罚2万》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-03/31/content_7892288.htm,访问时间:2008年3月31日。

⑤ 参见五岳散人:《许霆的轻判:媒体与司法的双输》,载《南方都市报》2008年4月2日。

⑥ 参见李朝涛、张立璞:《许霆轻判庭上惊叹一片　法院称属特案特判》,载红网 http://china.rednet.cn/c/2008/04/01/1474604_5.htm。

⑦ 参见刘仁文:《对许霆案的几点思考》,载于本书。

徒刑，更何况盗窃金融机构这一加重情形的盗窃罪？如果判处10年以下的有期徒刑，势必会导致这样一个严重的后果：数额特别巨大的普通盗窃，都应判处10年以上有期徒刑或无期徒刑；而数额特别巨大的加重情形的盗窃金融机构因为特殊减轻处罚的规定反而只判处5年有期徒刑。这合理吗？这符合罪刑均衡的要求吗？答案显然是不言而喻的。其次，对于许霆案，同样的事实与证据，同一案件，同一法院，一审与重审的结果，由无期徒刑到5年有期徒刑，缘何会有如此巨大悬殊？法官在适用《刑法》第63条第2款特别减轻处罚的规定而行使自由裁量权时难道不应有合理的限度吗？应当说，法院前后两次判决量刑如此之悬殊，法官运用现有刑法制度灵活纠偏时没有把握好合理的度，直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑，是对刑法适用性合理限度的忽视，因而是极不严肃的。① 上述观点也得到了刑法学界一些学者的呼应和赞同。如有论者认为，从许霆盗窃金融机构且数额特别巨大，严重侵害了银行的财产所有权和金融机构的资金安全，具有较大的社会危害性等可以判断出许霆的行为绝对不属于较为轻微的犯罪，也就不应当处以较轻之刑。而重审对许霆判处5年有期徒刑，明显违背了罪刑均衡原则，不该轻而轻了。许霆并没有自首、立功等法定减轻处罚的情节，而且在盗窃后携款逃匿，在案发后也没有退赃，并在庭审过程中辩称自己是在"替银行保管财产"。即使许霆具有酌定减轻处罚事由，也并非可以成为绝对的"该重而轻"的主要依据，也不可以由此就对许霆直接由无期徒刑大幅度地改判为5年有期徒刑，这样明显超越了刑法规定的量刑限度，明显过"宽"了。② 还有论者认为，在"10年以上有期徒刑或者无期徒刑"的量刑幅度内，考虑到被害人过错等因素的影响，对许霆宜判处10年有期徒刑。③ 另有论者认为，根据"减一格"判处（罪减一等），多数学者根据我国刑法对法定刑最高刑的立法，将法定刑的幅度共分为九格，即有期徒刑1年、2年、3年、5年、7年、10年、15年、无期徒刑、死刑。如果许霆案应该适用相应幅度的法定刑是"十年以上有期徒刑或者无期徒刑"，在减轻处罚时，就应该在10年以下一格，即适用7年，但重审后一审判决的幅度并不是10年以下一格，而是二格即5年。如果是一件普通的盗窃犯罪案件，当认定为符合《解释》规定的"数额特别巨大"时，适用的刑罚幅度本应该在"十年以上有期徒刑或者无期徒刑"，那么，许霆的盗窃案有什么理由要在二格以下判处5年有期徒刑？④

（二）关于对许霆适用特殊减轻处罚的问题

许霆案重审改判时适用特殊减轻处罚的规定，也是该案颇为引人注目的地方。应

---

① 参见赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，载《法制日报》2008年6月1日；赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第275—276页。

② 参见卢勤忠：《许霆案的刑事政策分析》，载于本书。

③ 参见利子平、周建达：《关于许霆案定罪与量刑问题的思考》，载于本书。

④ 参见林亚刚：《许霆案的法理分析》，载于本书。

当说,在许霆案之前,我国司法实践中已有适用于一般的判处法定最低刑仍然偏重后报请最高人民法院核准得以适用特殊减轻的普通刑事案件。① 故许霆案适用特殊减轻处罚的规定在法定刑以下判处刑罚,似并不出乎意料。

许霆案的重审判决书认定,许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应适用"无期徒刑或者死刑,并处没收财产"的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。遂依法适用《刑法》第 63 条第 2 款的规定,改判许霆为 5 年有期徒刑。② 许霆案的终审裁定书在阐述判决理由时也指出,对于本案的量刑,既要考虑到许霆行为具有严重的社会危害性,构成了盗窃罪,属于盗窃金融机构,数额特别巨大,又要充分考虑到许霆犯罪的偶然性及特殊性,对其在法定刑以下量刑既符合刑法关于罪责刑相适应的原则,又充分体现了法律效果与社会效果的统一。但鉴于许霆是在偶然发现柜员机出现异常后临时起意犯罪,只是利用柜员机的故障通过持卡取款的方式实施犯罪等特殊情况,其犯罪的主观恶性、犯罪情节和社会危害性的严重程度要比有预谋盗窃或采取破坏性手段盗窃柜员机内的资金轻,虽然许霆没有减轻处罚的法定情节,但依照刑法罪责刑相适应的基本原则,仍可对其在法定刑以下量刑。原判认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法。③

上述刑事裁判文书对许霆适用特殊减轻处罚的规定而在法定刑以下判处刑罚,虽然得到了不少人的支持和赞同,但也有反对的声音。而争议的焦点又集中表现在许霆案是否属于适用现行《刑法》第 63 条第 2 款特殊减轻制度之"特殊情况",颇值得探讨。

有论者认为,我国 1979 年《刑法》第 59 条第 2 款对特殊减轻处罚制度的规定是"犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚"。刑法修改时对这一规定作了重大修改:一是从批准的程序上进行了更为严格的限制,将"经审判委员会决定"修改为"经最高人民法院核准";二是将"根据案件的具体情况"改为"根据案件的特殊情况"。而案件的特殊情况,主要是指案件的特殊性,如涉及政治、外交等情况。④ 从立法初衷来看,现行《刑法》第 63 条第 2 款规定的"特殊情况",主要是指案件涉及政治、外交、国防、宗教、民族、统战等方面的特殊需要而在法定

① 参见《程乃伟绑架案——特殊情况下减轻处罚的适用》,载最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》(第 4 卷·上),法律出版社 2004 年版,第 119 页。

② 参见《广东省广州市中级人民法院刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

③ 参见《广东省高级人民法院刑事裁定书》(2008)粤高法刑一终字第 170 号。

④ 参见胡康生、李福成主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社 1997 年版,第 71 页。

刑以下判处刑罚的情况。在实际执行中，由于对判处法定最低刑还是过重的情况界限不明确，随意性较大，存在不少问题。[①] 另有论者也提出质疑，许霆案是否特殊呢？结论应当是否定的。许霆知道自己卡里余款的数额，也知道拿出来的钱不是银行的赠与，而是取款机出了故障，利用这种故障和利用被害人的其他特殊情况没有实质的区别，例如，甲约定到客户家送货，客户家留守的人乙有癔症（但没有被发现），正巧送货人甲到达时发现了留守人乙癔症发作，意识不清因而完全丧失了辨认能力这种情况，于是谎称客户欠款，要求给付，先要求给付1 000元，癔症患者如数支付，发现这是得钱的好机会，就一次一次要求给付并不存在的各种欠款，得到17万元。这种情况可以认为仅仅是不当得利吗？显然不能，这是在利用工具（将甲作为自己的工具）进行盗窃，如果将甲作为工具，是工具给的钱，不是自己拿的，确实不应当算是情节严重，还可以说是比较轻的，但也不是明显应当大幅度减轻的情况，盗窃的相当部分是利用被害人的疏忽进行的，实务中是否都将这样的情况作为大幅度减轻处罚的依据呢？恐怕未必如此，对此情况从轻处罚一般可以做到，而减轻处罚甚至是大幅度减轻处罚，鲜有先例。[②] 还有论者指出，从刑法典修订过程可以看出，立法者对"酌定减轻"的规定是相当慎重的，其适用必须以案件确有"特殊情况"为前提。至于何谓案件的"特殊情况"，刑法典并未明确规定。全国人大常委会法工委曾就冯洲受贿案答复最高人民法院："1997年《刑法》第63条第2款关于因'特殊情况'在法定刑以下判处刑罚的规定，主要是针对涉及国防、外交、民族、宗教等极个别特殊案件的需要，不是对一般刑事案件的规定。"根据该答复，许霆案显然不属于此类"特殊情况"。诚然，在司法实践中，最高人民法院对程乃伟绑架案、徐钦朋非法买卖爆炸物案和洪志宁故意伤害案等虽不涉及政治、外交、民族、宗教等因素的案件也曾核准过适用"酌定减轻"，但综观这几起案件，均属确有"特殊情况"，且行为人的人身危险性与社会危害性不是很大。可见，只有对极个别特殊案件且确有"特殊情况"的，才能慎用"酌定减轻"。如果对许霆适用"酌定减轻"的规定，将无助于预防此类犯罪的发生。总之，无论从许霆的犯意产生、实施的犯罪手段还是犯罪对象等方面来看，均非"极为特殊"，对其不能适用"酌定减轻"的规定。[③]

在我国刑法学界，还有不少论者认为，从罪刑均衡的角度出发，对许霆案应当适用特殊减轻处罚的规定。如有论者指出，罪刑均衡是我国刑法的基本原则，它不仅是司法原则，而且是立法原则。在刑事立法过程中，对各种具体犯罪的法定刑设置，在一般情况下，是能够体现罪刑均衡原则的，但是在某些特殊情况下可能就难以体现罪刑均

---

① 参见赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第14卷），法律出版社2008年版，第275页。

② 参见李洁：《侵财类犯罪之量刑依据研究——以许霆案改判为实例的分析》，载于本书。

③ 参见利子平、周建达：《关于许霆案定罪与量刑问题的思考》，载于本书。

衡原则。因此,特殊减轻制度就为突破法定刑的下限提供了某种制度保障。论者倾向于对《刑法》第63条第2款规定的“特殊情况”适当地做广义的解释,并不限于涉及政治、外交等情况,还应包括判处法定最低刑仍嫌过重的情形。许霆案就属于这种情形,许霆利用自动存款机的故障恶意取款,其行为构成盗窃罪,但考虑到自动存款机故障对于盗窃罪的诱发作用,而且在作案手段上并没有采取破坏性的方法,盗窃数额虽然达到司法解释所规定的特别巨大标准,但超过不是很多,在这种情况下,综合许霆案的主客观各方面情况,对许霆适用特殊减轻,是完全正确的。特殊减轻应该慎用,但又不能不用,它对于保证个案公正具有重要意义。许霆案激活了特殊减轻制度,这是在许霆案改判以后,在获得个案公正以外在制度层面的另类收获。① 有论者认为,许霆案的确十分特殊,首先,自动取款机出现故障使其能以1:1 000的比例提款,他是在这样极罕见机会和巨大诱惑下才侵犯银行巨额财产的,这不反映许霆的主观恶性和人身危险性,也就是说若无此“机缘”许霆未必会作奸犯科。其恶性、危险性与其“触法”的严重程度明显不相称。其次,其作案方式也与人们观念中的偷盗相距甚远。《刑法》第264条对盗窃罪的处罚是按照“一般”情况设定的,并保留的“特殊”情况下酌情减轻处罚的救济途径,既然许霆案的确具有特殊性,采取通常的处罚尺度显然不近情理,按照特殊途径予以酌情减轻处罚是合法又合理。这正应验了刑法设立酌情减轻制度的前瞻性。②

三、关于许霆案件的多维视角思考

许霆案被披露报道后,还有不少论者运用不同的思维方式与论证方法对许霆案的定罪与量刑或是提出质疑与挑战,或是表示肯定与赞同,从不同视角探讨和分析了许霆案,进一步深化了对许霆案的相关法理问题的研究。下面择其要者进行综述。

有论者以许霆案为研究标本分析了刑事裁判的不确定性现象,认为当下我国社会变迁及社会转型所引起的社会巨变,标志着我国正在进入“风险社会”,社会发展进程呈现出的跳跃性、风险性和不可预测性。而刑事司法裁判的不稳定性从来没有像今天这样表现得如此明显,这是因为在这个变动不定的社会里,刑法有理由也应当随之变动而变动。但是,这种变动却不能采取猛烈的兴废方式进行,而应以一种悄无声息的、渐进的方式进行。这种刑法渐变的征象,首先显现在了刑事司法裁判的不确定性上。当我们在这样一个时代背景下研究我国司法裁判现象的时候,我们发现,也许是机缘巧合许霆案当仁不让地成就了这一特定的社会历史背景的司法裁判现象的一极佳的研究标本。许霆案给予我们的最大启示之一就是:既然刑事司法裁判结论在形成过程

---

① 参见陈兴良:《许霆案的另类收获:特殊减轻制度的激活》,载于本书;刘仁文:《为什么许霆被轻判更得民心》,载《新京报》2008年4月2日。

② 参见阮齐林:《中国刑法配置刑罚的特点和酌定减轻的适用》,载于本书。

中具有不可避免的模糊性和不可确定性，是我们必须要面对的一种客观现象，那我们所能做的当然就只能是在追求司法裁判合理性（包括刑法适用的实质合理性和形式合理性）的同时，让刑事司法裁判结论在形成中，尽可能无限度地去接近确定性和可预测性。①

有论者从实体、程序、监督机制、媒体应对等四个方面探讨了许霆案中最高法院的作为问题。指出，检视许霆案件中最高法院的作为，并非想引火来烧最高法院，而是期望最高法院在法治国家的建设中发挥更大的作用。我们应该认真关注的，是在日新月异的社会变革目前，在宽严相济的刑事政策语境下，法的安定性（依法、守法）与正义（人民群众的感受）、合目的性（政策）之间的关系，是立法与司法、法律与政策的关系，是最高法院的地位、作用与权威的问题。许霆案件的曲折历程以及最高法院在其中的作为，反映了变革时期法律与政策、实在法与良法之间的复杂关系。这些关系如果处理不当，会带来很多的问题。例如在追求良法之治的过程中，应该特别慎重地等待实在法，正确地处理法律调整与政策调整的关系；如果为了追求良法之治而频繁地动用政策干预手段，以政策代替法律，那会损害人民大众对于法律的信赖、信仰，而这种信赖、信仰恰恰是法治赖以建立的基础。努力建设公正高效权威的社会主义司法制度是改革的重要组成部分。在司法改革的过程中，最高法院也应该通过切实有效的工作来树立公正、高效、权威的新形象，为此须重新认识并处理好最高法院与立法机关、行政机关、公安检察机关的关系，正确地处理好与下级法院的关系，将主要精力用在政策指导和宏观调控上，用在为立法修改完善提供经验积累和具体建议上，而尽可能地少插手或者干预下级法院对具体案件的审理。②

有论者从刑事政策的角度分析了许霆案，认为许霆案的改判在某种程度上是司法机关过分考虑民意的结果。许霆案的改判，存在的问题固然是由于减轻幅度过大，但更主要的问题是，司法受到了民意与舆论的干扰和影响。司法判决有时的确需要考虑民意和舆论的因素，但不可屈从于民意和舆论。因为民意和舆论在一定情势下也容易受到外界因素的影响，表现出波动和不稳定的特征，有时甚至带有一定的随意性。在一个利益多元化的社会里，包括许霆案在内的大多数公众事件，民意和舆论难以达成共识。如果司法一味追随民意和舆论的变幻而反复无常，则法治、秩序将不复存在。尽管许霆案在事实上已成为一宗具有轰动效应的影响性诉讼，重审判决却只能依据事实和法律，而不能根据许霆案的影响及该案一审所招致的批评确定刑期。另外，一审原审法院对于许霆案作出了过于严厉的判决，而重审法官则矫枉过正，又存在过“宽”之偏向，从贯彻宽严相济的刑事政策上看，这两种做法都是值得反思的。在以后的司

① 参见赵秉志、张心向：《刑事裁判不确定性现象解读》，载于本书。

② 参见卢建平：《关注许霆案件中的最高法院》，载于本书。

法实践中,我们的法院该如何对待民意和舆论,该如何贯彻刑事司法政策,需要有一个明确认识,以免在下一个"许霆案"时重蹈覆辙。①

有论者从定罪量刑模式的视角对许霆案进行了理论解读,认为定罪量刑模式能够比较合理地解释广州中院的两次判决结果上的差异。广州中院所作的两次判决都没有违反刑事法律规定,之所以出现截然不同的判决结果,完全是由于许霆恶意取款案在不同诉讼阶段的社会结构造成的。也就是说,定罪量刑法理学模式并不能说明法院两次判决上的差异,只有通过定罪量刑社会学模式分析才能解释法院两次所作不同判决的原因。既然在不同诉讼阶段定罪量刑不公是由于该阶段案件的社会结构造成的,那么,我们所要做的就是要尽量消除不同诉讼阶段社会结构差异所带来的影响,也即尽可能地避免定罪量刑社会学模式发挥作用,其途径不外乎三个方面:途径之一:重新设计案件的社会结构,尽量消除社会异质性。途径之二:改变定罪量刑过程,减少定罪量刑过程中的社会信息,尽量使定罪量刑过程非社会特征化。途径之三:改革刑事立法,尽量控制法官自由裁量权,使法官面对异质的社会信息能够在最小化的范围内作出差异性定罪量刑结果。②

有论者从刑法社会学的角度分析了许霆 ATM 机恶意取款行为成罪的社会根源、影响对许霆之行为准确定性的社会制约因素以及如何把握对许霆裁量刑罚的社会效果等问题。论者指出,许霆之行为能够成罪的根由在于其严重社会危害性,而面对"许霆式诱惑"大多数人会有类似的冲动和许霆之行为难以模仿等因素均不能成为许霆免罪的根据。ATM 机等智能因素、社会公众就盗窃罪所谓"秘密窃取"的朴素认识等因素均对许霆案的定性产生了影响。许霆案的刑罚裁量难以得到民众的广泛认同,以致社会效果不佳,其原因是复杂而多元的,除了普遍价值认同的缺失、网络时代的到来、权利意识的觉醒等深层次社会原因外,相关立法的滞后与司法的僭越等法律层面的问题未能得到合理解决,亦是其中非常重要的方面。③

有论者从类型思维的角度分析了许霆案,认为许霆案最为重要的方法论意义在于,我们在适用规范解决个案时,必须破除脱离具体时空条件的概念思维,而运用与个案的具体情形与行为特征相关的类型思维。只有当必须运用类型思维才能实现个案正义时,才能运用之。在许霆案中,在判定许霆的行为构成一般盗窃罪抑或是盗窃金融机构时,运用类型思维可以认为许霆的行为属于普通盗窃罪,而不应该将"盗窃"与"盗窃金融机构"进行类型化的重构。这种概念为主、类型为辅的思维模式不仅由于安定、普遍、清晰、简单对于变动、具体、模糊、复杂永远具有天然的优先性,而且也来自于

① 参见卢勤忠:《许霆案的刑事政策分析》,载于本书。

② 参见汪明亮:《许霆恶意取款案的一个理论解读:定罪量刑模式视角》,载《中国刑事法杂志》2008 年 7 月号。

③ 参见阴建峰:《许霆案的刑法社会学分析》,载于本书。

这样一个司法现实,即在实践中简单案件(easy case)的数量渊源大于疑难案件(hard case)的数量,而疑难案件中又仅有小部分是临界案件(法律适用的疑难)。①

有论者以许霆案为标本分析了刑事个案解释的必要性,指出造成目前"许霆案"困境的原因在于刑法司法解释的"过度化"。司法解释的"过度化"不但制约了司法人员解释,适用刑法的权力,而且还窒息了司法人员解释刑法的想象力。在刑法司法解释"适度化"转型的过程中,最高人民法院要通过定期公布全国各地刑事疑难案件刑事判决书的方式来构建起一套完善的指导全国刑事审判的案例指导制度,或者通过提审地方刑事疑难案件并公布判决书的方式来指导全国的刑事审判工作。②

此外,理论界还有从不同视角对许霆案进行分析和思考的少数观点,应当说,这些探讨也都是有意义的,囿于篇幅,恕不再一一介绍。

从许霆案被媒体披露到2008年8月20日最高人民法院作出核准广东省高级人民法院关于许霆案判决的刑事裁定,一直处在公众视线与舆论旋涡焦点之中的许霆案,终于尘埃落定。许霆案落幕,但反思依然,该案确有许多值得我们细细回味的地方。许霆案这一标志性的经典个案,在某种意义上,可以作为我们管窥和洞察我国刑事司法实践的一个剖面,进而在更深远意义上去感受和体悟我国刑事法治发展的脉搏和迹象。毋庸讳言,现代法治文明理念的确立以及法治的进步和发展,并非可以一蹴而就,而是需要我们不断地去关注、去维护、去历练乃至去引导,从而内生于一个国度、一个社会。因此,在这种意义上,我们祈望许霆案能成为我国当代民主法治进程中的一块法治的试金石。因为"依托于许霆个案的这场法理讨论和情怀涌动,就是一场有益的法治文明和公民社会的发育、训练与养成。更进一步说,只有这些价值和文明得以确立,才有可能从根本上珍视人性,敬畏法律,公正裁决一个公民的罪与罚、生与死、自由与放逐。"③

---

① 参见雷磊:《实践法律思维构造——以许霆案为思考契机》,载于本书。

② 参见吴情树:《从许霆案看刑事个案解释的"必要性"》,载《上海政法学院学报》2008年第3期。

③ 刘敏:《许霆案的时代意义》,载《长江商报》2008年4月1日。

【附录二　许霆案件相关法律文书】

1. 一审判决书

广东省广州市中级人民法院
刑事判决书

（2007）穗中法刑二初字第196号

公诉机关广东省广州市人民检察院。

被告人许霆，男，1983年2月7日出生，汉族，出生地山西省襄汾县，文化程度高中，住山西省襄汾县（以上基本情况均自报）。因涉嫌犯盗窃罪于2007年5月22日被羁押，同年7月11日被逮捕。现押于广州市天河区看守所。

辩护人杨振平、吴义春，广东经纶律师事务所律师。

广东省广州市人民检察院以穗检公二诉[2007]176号起诉书指控被告人许霆犯盗窃罪，于2007年10月15日向本院提起公诉，本院依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。广州市人民检察院指派代理检察员王烨出庭支持公诉，被告人许霆及其辩护人到庭参加诉讼。现已审理终结。

广东省广州市人民检察院指控：2006年4月21日22时，被告人许霆伙同郭安山（另案处理）窜至本市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行ATM提款机，利用银行系统升级出错之机，多次从该提款机取款。至4月22日晚23时30分止被告人许霆共提取现金人民币175 000元，之后携款潜逃。

公诉机关认为，被告人许霆以非法占有为目的，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪，提请本院依法判处，并提交相关证据。

被告人许霆对公诉机关的指控不持异议。

辩护人杨振平、吴义春辩护认为被告人许霆的行为应当构成侵占罪而非盗窃罪。

经审理查明：2006年4月21日22时许，被告人许霆伙同同案人郭安山（已判刑）到本市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行银行离行式单台柜员机提款，当被告人许霆用自己的广州市商业银行银行卡（该卡内余额170余元）提取工资时，发现银

行系统出现错误,即利用银行系统升级出错之机,分 171 次恶意从该柜员机取款共 175 000 元。得手后携款潜逃,赃款被用光。

上述事实,有公诉机关在庭审中出示,并经控辩双方质证,本院予以确认的以下证据证实:

1. 被害单位广州市商业银行报案材料、证人黄敏穗的报案笔录、银行交易流水账、许霆在广州市商业银行的开户资料等证实:位于平云路广州市无线集团工业区门口的广州市商业银行离行式单台柜员机在案发当时系统升级出错,户名为许霆的银行卡(卡号为 62246731310032330033)在短时间内恶意频繁取款 171 笔,共计人民币 175 000 元。

3. 同案人郭安山供述及辨认笔录证实:2006 年 4 月 21 日晚上其陪同许霆到平云路商业银行柜员机取款,许霆发现银行系统出错,就用自己的银行卡在柜员机上取款 17 万余元,其也用银行卡取款 18 000 元,得手后,两人逃匿。

4. 被告人许霆和同案人郭安山于 2006 年 4 月 21 日在平云路商业银行柜员机取款时的银行录像、摄像截图等证实两人当时取款的情况。

5. 广州市公安局天河区分局出具的抓获经过证实被告人许霆归案的情况。

6. 被告人许霆对上述事实供认不讳。

本院认为,被告人许霆以非法占有为目的,伙同同案人采用秘密手段,盗窃金融机构,数额特别巨大,其行为已构成盗窃罪。公诉机关指控被告人的犯罪事实清楚,证据确实、充分,予以支持。对于辩护人关于被告人的行为不构成盗窃罪的辩护意见,经查,现有证据足以证实被告人主观上有非法占有的故意,被告人的银行卡内只有 170 余元,但当其发现银行系统出现错误时即产生恶意占有银行存款的故意,并分 171 次恶意提款 17 万余元而非法占有,得手后潜逃并将赃款挥霍花光,其行为符合盗窃罪的法定构成要件,当以盗窃罪追究其刑事责任。辩护人提出的辩护意见,与本案的事实和法律规定不相符,本院不予采纳。

依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条第(一)项、第五十七条、第五十九条、第六十四条的规定,判决如下:

一、被告人许霆犯盗窃罪,判处无期徒刑、剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

二、追缴被告人许霆的违法所得 175 000 元发还广州市商业银行。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内通过本院或者直接向广东省高级人民法院提出上诉。书面上诉的,应交上诉状正本一份,副本二份。

二〇〇七年十一月二十日

2. 二审裁定书

广东省高级人民法院
刑事裁定书

（2008）粤高法刑一终字第5号

原公诉机关广东省广州市人民检察院。

上诉人（原审被告人）许霆，男，1983年2月7日出生于山西省襄汾县，汉族，高中文化程度，户籍地襄汾县四家湾矿（自报）。案发前在广东省广州市粤华物业有限公司当保安，租住广州市天河区员村某出租屋。因本案于2007年5月22日被羁押，同年7月11日被逮捕。现押于广州市天河区看守所。

辩护人杨振平、吴义春，广东经伦律师事务所律师。

广东省广州市中级人民法院审理广州市人民检察院指控原审被告人许霆犯盗窃罪一案，于2007年11月20日作出（2007）穗中法刑二初字第196号刑事判决，认定被告人许霆犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；追缴被告人许霆的违法所得175 000元发还广州市商业银行。

宣判后，原审被告人许霆不服，以其是善意取款，不构成犯罪；取款机有故障，银行有过失；与同案人相比处罚太重，量刑不公等为由，提出上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。现已审理终结。

本院认为，原审判决认定被告人许霆犯盗窃罪事实不清，证据不足。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第3项之规定，裁定如下：

撤销广州市中级人民法院（2007）穗中法刑二初字第196号刑事判决，发回广州市中级人民法院重新审判。

本裁定为终审裁定。

二〇〇八年一月九日

3. 重审判决书

广东省广州市中级人民法院
刑事判决书

(2008)穗中法刑二重字第 2 号

公诉机关广东省广州市人民检察院。

被告人许霆,男,1983 年 2 月 7 日出生,汉族,出生地山西省襄汾县,文化程度高中,住山西省临汾市尧都区郭家庄社区向阳路西 4 巷 3 号。因涉嫌犯盗窃罪于 2007 年 5 月 22 日被羁押,同年 6 月 5 日被刑事拘留,同年 7 月 11 日被逮捕。现羁押于广州市天河区看守所。

辩护人杨振平、吴义春,广东经纶律师事务所律师。

广东省广州市人民检察院以穗检公二诉[2007]176 号起诉书指控被告人许霆犯盗窃罪,于 2007 年 10 月 15 日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案,于 2007 年 11 月 20 日作出(2007)穗中法刑二初字第 196 号刑事判决,被告人许霆提出上诉。广东省高级人民法院于 2008 年 1 月 9 日作出(2008)粤高法刑一终字第 5 号刑事裁定,撤销原判,发回重审。本院依法另行组成合议庭,公开开庭审理了本案。广州市人民检察院指派检察员谭海霞、代理检察员王烨出庭支持公诉,被告人许霆及其辩护人杨振平、吴义春到庭参加诉讼。现已审理终结。

广东省广州市人民检察院指控:2006 年 4 月 21 日,被告人许霆伙同郭安山(另案处理)窜至广州市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行 ATM 提款机,利用银行系统升级出错之机,多次从该提款机取款。至 4 月 22 日许霆共提取现金人民币 175 000 元。之后,携款潜逃。该院当庭宣读、出示了受害单位的报案陈述,证人黄某某、卢某、赵某某等人的证言,公安机关出具的抓获经过,受害单位提供的银行账户开户资料、交易记录、流水清单、监控录像光碟,郭安山和许霆的供述等证据,据此认为被告人许霆以非法占有为目的,盗窃金融机构,数额特别巨大,其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 264 条第 1 项之规定,构成盗窃罪,提请本院依法判处。

被告人许霆在本次庭审中对公诉机关指控的事实无异议,但辩解:(一) 其发现自

动柜员机出现异常后，为了保护银行财产而把款项全部取出，准备交给单位领导。（二）自动柜员机出现故障，银行也有责任。

辩护人提出的辩护意见是：（一）本案事实不清，证据不足。理由如下：1. 被告人许霆只记得其银行卡内有170余元，具体数额记不清楚，证实其账户余额为176.97元的证据只有银行出具的账户流水清单，无其他证据印证。2. 账户流水清单记录的时间、次序有误。3. 银行的自动柜员机为何出现错误、出现何种错误不明确。因此，本案无法得出许霆账户只有176.97元及其每取款1 000元账户仅扣1元的必然结论。（二）被告人许霆的行为不构成犯罪，重审应当作出无罪判决。理由如下：1. 许霆以实名工资卡到有监控的自动柜员机取款，既没有篡改密码，也没有破坏机器功能，其行为对银行而言是公开而非秘密。许霆取款是经柜员机同意后支付的，其行为是正当、合法和被授权的交易行为。因此，许霆的行为不符合盗窃罪的客观方面特征，不构成盗窃罪。2. 许霆通过柜员机正常操作取款，在物理空间和虚拟空间上都没有进入金融机构内部，因此，许霆的行为不可能属于盗窃金融机构。3. 许霆的占有故意是在自动柜员机错误程序的引诱下产生，有偶然性；自动柜员机出现异常的概率极低，因而许霆的行为是不可复制、不可模仿的；本案受害单位的损失已得到赔偿，许霆的行为社会危害性显著轻微；现有刑法未对本案这种新形式下出现的行为作出明确的规定，法无明文规定不为罪，应对其作出无罪判决。4. 许霆的行为是民法上的不当得利，因该不当得利行为所取得财产的返还问题，应通过民事诉讼程序解决。

经审理查明：2006年4月21日晚21时许，被告人许霆到广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机（ATM）取款，同行的郭安山（已判刑）在附近等候。许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元。当晚21时56分，许霆在自动柜员机上无意中输入取款1 000元的指令，柜员机随即出钞1 000元。许霆经查询，发现其银行卡中仍有170余元，意识到银行自动柜员机出现异常，能够超出账余额取款且不能如实扣账。许霆于是在21时57分至22时19分、23时13分至19分、次日零时26分至1时06分三个时间段内，持银行卡在该自动柜员机指令取款170次，共计取款174 000元。许霆告知郭安山该台自动柜员机出现异常后，郭安山亦采用同样手段取款19 000元。同月24日下午，许霆携款逃匿。

广州市商业银行发现被告人许霆账交易异常后，经多方联系许霆及其亲属，要求退还款项未果，于2006年4月30日向公安机关报案。公安机关立案后，将许霆列为犯罪嫌疑人上网追逃。2007年5月22日，许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案。案发后，许霆及其亲属曾多次与银行及公安机关联系，表示愿意退赔银行损失，但同时要求不追究许霆的刑事责任。许霆至今未退还赃款。

另查明，2006年4月21日17时许，运营商广州某公司对涉案的自动柜员机进行系统升级。4月22日、23日是双休日。4月24日（星期一）上午，广州市商业银行对全

行离行式自动柜机进行例行检查时，发现该机出现异常，即通知运营商一起到现场开机查验。经核查，发现该自动柜员机在系统升级后出现异常，1 000 元以下（不含 1 000 元）取款交易正常；1 000 元以上的取款交易，每取款 1 000 元按 1 元形成交易报文向银行主机报送，即持卡人输入取款 1 000 元的指令，自动柜员机出钞 1 000 元，但持卡人账户实际扣款 1 元。

上述事实，有公诉机关提交，并经法庭质证、认证的下列证据予以证实：

1. 广州市商业银行出具的报案陈述，证实：2006 年 4 月 24 日（星期一）上午，广州市商业银行恒福支行 ATM 机管理中心在对全行离行式自动柜员机交易情况进行电脑监控时，发现安装在黄埔大道西平云路 163 号的离行式自动柜员机在 4 月 21 日晚出现取款交易异常，经通知运营商一并到现场开机清点查验和查看监控录像，发现自动柜员机短款 196 004 元。经查看日志，发现该自动柜员机在 1 000 元以下（不含 1 000 元）取款交易正常，但对超过 1 000 元的取款交易，自动柜员机则按 1 元的金额形成交易报文向银行主机报送，造成上述情况的原因是运营商于 2006 年 4 月 21 日 17 时对该机进行系统升级后出现异常。经核查，发现 4 月 21 日 21 时 56 分至 4 月 22 日 12 时 34 分，有人持卡号为 6224673131003233003 和 6224673131008621707 的广州市商业银行借记卡以及卡号为 9559982409453469513 的农业银行卡，连续恶意操作，取款 186 次，共涉及多占金额 193 806 元，其中卡号为 6224673131003233003 的银行卡户名为许霆。另有卡号为 6224673131003532503 和 9559980081451094718 的两名客户取款 2 笔，涉及多占金额 2 198 元。该行监察保卫部接报后，即根据开户资料查找许霆，找到其工作单位，该单位保安部负责人反映许霆已于 4 月 24 日下午突然请假回山西老家，拨其手机无人接听，随取联系许霆的求职担保人要求协助通知许霆退款，亦未果，因而报案。

2. 广州市公安局经济犯罪侦查支队出具的接受刑事案件登记表、广州市公安局天河分局冼村派出所出具的接受刑事案件登记表、立案决定书及侦办广州市商业银行柜员机内现金被盗窃案件情况说明，证实：广州市商业银行于 2006 年 4 月 30 日向广州市公安局经济犯罪侦查支队报案，同年 5 月 26 日此案转由广州市公安局天河区分局办理，该局于同月 30 日立案后，于次月 19 日对犯罪嫌疑人许霆办理上网追逃。同年 11 月 12 日，该局侦查员到山西临汾市找到许霆的父亲许某某，许某某称许霆未回家，只与家中通过一次电话，但未说自己在哪里，该局侦查员向许某某说明了许霆盗取银行柜员机内款项的情况，并让其劝许霆早日投案并退还款项，其当时提出能否在退还款项后不再追究许霆的法律责任，侦查员说明帮助退清赃款及投案自首后可以减轻处罚，但拒绝其提出的退款后不再抓捕、不追究法律责任的要求。许霆被抓获后，许霆的父亲曾致电该局侦查员表示愿意帮许霆退款，但要求公安机关不追究许霆的法律责任，释放许霆，侦查员拒绝了许霆父亲的要求。许霆被带回广州市后，许霆的母亲也曾联系侦查员表示愿意为许霆退赃，但几天后又称许霆的行为不是盗窃，拒绝退还赃款。

此后许霆的亲属未再联系为许霆退还赃款之事。

3. 西安铁路公安处宝鸡车站公安派出所出具的抓获经过、广州市公安局天河分局冼村派出所出具的抓获情况说明,证实:被告人许霆于2007年5月22日在陕西省宝鸡市火车站进站时被公安人员抓获,后被广州市公安局天河区分局带回审查。

4. 证人黄某某(广州市商业银行监察保卫部副经理)的证言,证实:2006年4月24日,广州市商业银行恒福支行ATM机管理中心在对全行离行式自动柜员机交易情况进行例行检查时,发现安装在平云路163号的自动柜员机在4月21日晚上的取款交易出现账户扣账为1元的情况。因为该行自动柜员机取款金额为100元或者100元的整数倍,不可能出现100元以下的数额,所以恒福支行马上将情况通报了自动柜员机的运营商。随后运营商与商业银行个人银行部一起派人到平云路163号的自动柜员机现场开机查验,发现柜员机的现金已经全部被取光。随即查看自动柜员机流水日志,发现自动柜员机在不超过1 000元的取款交易时正常(不含1 000元),而1 000元以上的取款交易则出现异常,对1 000元以上的取款交易,自动柜员机按1元的金额形成交易报文向银行主机报送,即持卡人指令取款1 000元,自动柜员机亦出钞1 000元,但持卡人实际扣账为1元。造成这种情况的原因是运营商于2006年4月21日17时对平云路163号的自动柜员机系统升级后出现异常。4月21时17时许,该行放入该自动柜员机20万元人民币,在案发前几个客户取款属于正常取款。经查账,自动柜员机总共短款达196 004元。经核查,发现4月21日21时56分至4月22日12时34分,有客户拿着卡号为6224673131003233O3和6224673131008621707的商业银行借记卡、卡号为9559982409453469513的农行卡在该柜员机恶意取款。经查询开户资料,卡号为6224673131003233O3的银行卡户名是许霆,开户日期是2006年2月6日。根据许霆的开户资料,其和时任个人银行部经理的卢某找到许霆的工作单位,该单位的赵部长反映许霆在2006年4月23日晚曾跟他说过要回家考公务员,并收拾衣服之类的东西走了,连手续都没办。于是他们请求赵部长联系许霆,但赵部长打了电话之后说许霆已关机,并说之前曾和许霆有短信联系,大概内容是赵部长让许霆回来把手续办了,另外还有一些钱要结算给他,但许霆说不要了,他们就请求赵部长联系到许霆的入职担任人刘先生,对方在电话里答应见面谈,但后来拒绝见面,并说不想插手此事。他们联系许霆的担任人时已告知许霆恶意提款的事。其从未接到过许霆本人或其家属表示退赃的电话,也没有人和其联系过此事。4月30日,其代表银行向广州市公安经济侦查支队报案。

5. 证人卢某(广州市商业银行营业管理部副总经理)的证言,证实:2006年4月24日上午,广州市商业银行发现有人在2006年4月21日晚利用该行位于平云路163号的离行式柜员机的故障,进行多次恶意提款,通过核查该机流水账的持卡人资料,发现其中一名持卡人为许霆。柜员机出现的异常情况是超过1 000元的取款交易,柜员机

只按1元的金额形成交易报文向其主机报送。即持卡人输入取款1000元,柜员机也出钞1000元,但是持卡人账户实际扣账1元。出现上述异常是运营商于2006年4月21日17时许对该柜员机系统进行升级造成。2006年4月24日下午其和本行保卫部的黄某某根据开卡资料找到许霆的工作单位,该单位的保安部赵部长反映许霆已回家考公务员,期间赵部长拨了许霆的电话,许霆未接,但给赵部长发短信表示已回家。案发后约一个月,一自称是许霆的人打电话给其商量如何处理此事,并说因为钱被人偷了,没有这么多钱还,只还一半左右行不行,其当时说希望全部还清,对方说肯定还不清了,最多只有一半左右,其就跟对方说希望他早日到公安机关自首,把事情处理好,之后对方就将电话挂了。在2007年2月或3月份,有自称是保安部部长的人打电话说要商量许霆的事,其当时就向对方说明自己已调离原工作岗位,让对方与银行保卫部联系。

6. 证人赵某某(广州市某物业公司保安部部长)的证言,证实:许霆是其单位的保安员。2006年4月24日上午许霆向其提出辞职,理由是回山西老家考公务员。4月24日下午广州市商业银行的工作人员向其了解许霆的情况,其记得当时好像拨了许霆的电话没人接,随即用手机发了短信给许霆,要他回来结算工资或留下联系方式以便将工资寄给他,当时许霆回复了短信称工资不要了。约一个月后,许霆来电话说生活全乱套了,弄得家不能回,表示还是想退钱给银行,但又说钱被偷了5万,又花掉了1万多元,如果银行愿意,他愿意退回这些钱。其就把银行卢经理的电话给了许霆,但过了约20分钟,许霆又打来电话,内容大概是说银行方面说已经报案,钱就算退回也要坐牢,跟着就说那就算了,等抓到再说吧,后挂了电话。此后许霆未再与其联系。2007年上半年,许霆的担保人刘某某找到自己表示许霆家人想退钱,希望能给一次机会,自己当时说此事要和银行联系,刘某某当即和银行的卢某取得联系,卢某讲已调离原部门,要刘某某到商业银行总部找人,刘某某问了怎么去就离开了,后来有无找银行不清楚。此外,许霆在2006年4月24日已经用了一个新手机号码发信息给其,后来两次来电话,也是用该号码。

经辨认照片,赵某某指认出被告人许霆就是其所在单位的保安员。

7. 广州市商业银行提供的被告人许霆的开户资料,证实:许霆的账户于2006年2月6日开立,账号为102457023100018,预留了身份证复印件。

8. 广州市商业银行提供的完整流水记录数据和涉案账户取款交易明细,证实:卡号为6224673131003233003的银行卡于2006年4月21日21时56分03秒插卡,21时56分16秒查询,21时56分41秒取款1000元,21时57分09秒再次查询;21时57分21秒至22时20分21秒共指令取款55次,每次1000元,其中最后一次交易失败,共计取款54000元;23时12分57秒插卡,23时13分23秒至23时19分59秒共取款16次,每次取款1000元,共计取款16000元;23时23分05秒插卡,23时23分33秒指令

取款1 000 元,交易失败,未取出款项;次日凌晨0 时26 分04 秒插卡,0 时26 分22 秒至1 时06 分22 秒共取款100 次,前96 次每次取款1 000 元,后4 次每次取款2 000 元,共计取款104 000 元。

9. 广州市商业银行提供的账户流水清单,证实:2006 年4 月21 日,卡号为6224673131003233003 的银行卡(户名为许霆,账号为102457023100018)原有存款余额176.97 元,于2006 年4 月21 日至4 月22 日期间,在涉案自动柜员机上先后取款171 次,其中167 次每次扣账1 元,4 次扣账2 元,账户最后余额为1.97 元。

10. 广州市商业银行科技研发部出具的关于该行综合业务系统交易日期切换机制说明,证实:该行综合业务系统在每日晚23 时左右开始进行日终处理,同时切换系统会计日期,在进行系统会计日期切换后,把新的会计日期作为交易日期进行记账。

11. 位于广州市黄埔大道西平云路163 号的广州市商业银行自动柜员机的照片,经被告人许霆指认,确认是其取款地点。

12. 广州市商业银行提供的银行监控录像光碟及经被告人许霆签认的银行监控录像截图,证实:许霆及郭安山于2006 年4 月21 日、22 日在涉案自动柜员机上取款。

13. 广州市天河区人民法院于2007 年5 月21 日作出的(2007)天法刑初字第560 号刑判决书,证实:郭安山与许霆于2006 年4 月21 日至22 日期间,利用广州市商业银行自动柜员机系统出错之机,连续多次分别提取银行款项19 000 元和17 万余元,事后郭安山向公安机关自首并退出赃款18 000 元,天河区人民法院以盗窃罪判处郭安山有期徒刑一年,并处罚金1 000 元。

14. 山西省临汾市公安局经济技术开发区分局北城派出所出具的常住人口详细信息、调查回复表,证实:被告人许霆的身份情况。

15. 郭安山的供述及对被告人许霆的辨认笔录,证实:2006 年4 月21 日晚21 时许,许霆到广州市平云路的商业银行自动柜员机取款,其在马路对面等候,但隔了很久也没见许霆回来,很纳闷就过去找许霆,见到许霆后喊他的名字,许霆吓了一跳,很惊恐的样子,还满脸是汗,问他怎么那么久,许霆也没说什么,其和许霆就一起回到宿舍。在宿舍见到许霆钱包里塞满钱,衣服兜里也都是钱,很奇怪,因为之前许霆说他卡中只有100 多元,只能取出100 元,就问他,开始许霆不肯说,后来才讲他只想取100 元,但多按了一个“0”,那取款机就真的吐出1 000 元来,可能是那台柜员机出错才会这样。其看许霆取出的钱大约有四五万元,也很心动,就和许霆回到那台柜员机取钱。去到后,许霆先取钱,因为自己很少用自动柜员机,就让许霆教如何用,许霆又取出一二万后,其就用自己的一张农业银行卡插进柜员机取钱,许霆在一旁教其取款,果真取出了3 000 元,但自己卡中只有860 余元,第四次要取1 000 元却无法取出。之后两人又回去拿了塑料袋再次回到现场,其先用自己的农业银行卡取出5 000 元,之后又无法取出了,许霆就接着取,取了好多钱,差不多一个小时才停下来,之后其试了几次,但都取不

出钱,就回去休息。第二天,其用假名刘阳办了一张假身份证,以该身份证开了一张商业银行卡。当天中午 12 时许,其去到上述柜员机用商业银行卡取款,取出 10 000 元左右,之后无法再取出钱就走了。后来见到许霆,许说要辞职不干,留下来太危险,自己后来也辞职回湖北老家。其和许霆原来都做保安,许霆取了大约十七八万,没有分给其赃款。

经辨认照片,郭安山指认了被告人许霆就是 2006 年 4 月 21 日晚与其在平云路 163 号的商业银行自动柜员机取款的人。

16. 被告人许霆的供述及对郭安山的辨认笔录,证实:2006 年 4 月 21 日晚 21 时许,其和郭安山结伴外出,自己去广州市平云路附近的商业银行自动柜员机取款,郭安山在附近等候。其广州市商业银行卡是工资卡,卡中只有 100 余元。其插入自己的商业银行卡,想取出 100 元出来,但不知怎么多按了一个“0”,那柜员机竟真的吐出 1 000 元,其当时觉得不可思议,就立即查询自己卡中的余额,但钱还是那么多,于是就又连续以每次 1 000 元取了许多次,总共取出 55 000 元。由于取钱花了很长时间,郭安山等不及就过来找,见到其取了那么多钱,就很奇怪,问怎么回事,自己就把事情的原委告诉他,之后两人回到单位宿舍,其把钱拿出来,郭安山见了很心动,就让其帮他取钱。于是当晚 23 时许,其和郭安山回到那台自动柜员机,用自己的商业银行卡又取出一万多元,之后郭安山用他的农业银行卡取出 3 000 元,后因交易限制取不出钱,两人就又回到宿舍。次日零时许,其拿了一个塑料袋和郭安山又回到那台柜员机处,郭安山用他的卡取出几千元无法再取出钱,其接着用自己的银行卡取钱,一直取了很长时间,取出 10 万元左右,之后郭安山又用他的卡试着取钱,还是取不出钱,于是两人就回到宿舍。其一共取了 17.4 万元。其从未有这么多钱,头都蒙了,知道这样做不对,但又心存侥幸,做完这件事就一直很后悔。其在取款的第二天还正常上班,到了 4 月 24 日下午 3 时许坐车回山西,没和公司领导打招呼就不辞而别了,回到山西省临汾后,发现原来用报纸包着塞在被子里的 5 万元不见了,就没有回家,到一家酒店住下。后来也一直不敢回家,在临汾待了一个月,然后去太原,和朋友合伙开了一间网吧,其投资 10 万元,后来这网吧亏本了。

经辨认照片,被告人许霆指认了郭安山就是 2006 年 4 月 21 日与其在广州市平云路的自动柜员机取款的人。

对被告人许霆及其辩护人的辩解、辩护意见,本院评判如下:

1. 关于辩护人提出本案事实不清,证据不足的意见,经查,第一,完整流水记录数据和涉案账户取款交易明细以及账户流水清单,证实被告人许霆的银行卡账户在案发前余额为 176.97 元,案发期间共成功取款 171 次,其中 167 次每次取款 1 000 元,账户实际每次扣款 1 元,4 次每次取款 2 000 元,账户实际每次扣款 2 元。许霆共取款 175 000 元,账户实际共扣款 175 元。银行监控录像证实许霆及郭安山在涉案自动柜员

机取款,记录的时间与完整流水记录数据及账户流水清单记录的时间相对应。此外,许霆及郭安山的供述,亦证实许霆取款前账户余额只有170余元,但在涉案自动柜员机共取款17万余元。第二,广州市商业银行出具的情况说明,证实该单位每天23时以后切换会计日期记账,导致账户流水清单将23时以后的取款日期记录为次日,因而记录的部分时间和次序有误。第三,广州市商业银行的书面报案陈述及其工作人员黄某某、卢某的证言,证实涉案自动柜员机的异常是由于系统升级造成,出现的异常情况是持卡人指令取款1000元,自动柜员机也出钞1000元,但持卡人账户实际扣账为1元。上述证据在账户余额、取扣款金额、取扣款次数以及柜员机出现的异常情况等方面均能相互印证,足以证实因涉案自动柜员机出现异常,许霆持本人仅有176.97元的银行卡,在该自动柜员机上171次取款175000元,账户实际仅扣175元的事实。辩护人提出本案事实不清,证据不足的辩护意见不能成立。

2. 关于辩护人提出被告人许霆的行为不构成盗窃罪,是民法上的不当得利,应对其作出无罪判决以及许霆提出其是保护银行财产而取款的意见,经查,许霆是在正常取款时,发现自动柜员机出现异常,能够超出余额取款且不能如实扣账之后,在三个时间段内170次指令取款,时间前后长达3个小时,直至其账户余额仅剩1.97元为止,然后携款逃匿,其取款的方式、次数、持续的时间以及许霆关于其明知取款时"银行应该不知道"、"机器知道,人不知道"的当庭供述,均表明许霆系利用自动柜员机系统异常之机,自以为银行工作人员不会及时发现,非法获取银行资金,与储户正常、合法的取款行为有本质区别,且至今未退还赃款,表明其主观上具有非法占有银行资金的故意,客观上实施了秘密窃取的行为。许霆的行为符合盗窃罪的主客观特征,构成盗窃罪。许霆关于是为保护银行财产而取款,并准备把款项交给单位领导的辩解,缺乏事实根据,不能成立。辩护人关于许霆的行为不构成盗窃罪、属于民法上的不当得利、应对许霆作出无罪判决的辩护意见亦不能成立。

3. 关于辩护人提出被告人许霆的行为不属于盗窃金融机构的意见,本院认为,自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的专有设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金,根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第八条"刑法第二百六十四条规定的盗窃金融机构,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品,交通工具等财物的行为"的规定,许霆的行为属于盗窃金融机构。辩护人关于许霆的行为不属于盗窃金融机构的辩护意见于法无据,不予采纳。

本院认为,被告人许霆以非法占有为目的,采用秘密手段窃取银行经营资金的行为,已构成盗窃罪。许霆案发当晚21时56分第一次取款1000元,是在正常取款时,因自动柜员机出现异常,无意中提取的,不应视为盗窃,其余170次取款,其银行账户被扣账的174元,不应视为盗窃,许霆盗窃金额共计173826元。公诉机关指控许霆犯罪的

事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，依法本应适用“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第六十三条第二款、第六十四条和最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第三条、第八条的规定判决如下：

一、被告人许霆犯盗窃罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金 2 万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2007 年 5 月 22 日起至 2012 年 5 月 21 日止。罚金自本判决发生法律效力的第二日起一个月内向本院缴纳）。

二、追缴被告人许霆的犯罪所得 173 826 元，发还受害单位。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向广东省高级人民法院提出上诉，书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

本判决依法报请最高人民法院核准后生效。

二〇〇八年三月三十一日

4. 终审裁定书

广东省高级人民法院
刑事裁定书

（2008）粤高法刑一终字第170号

原公诉机关广东省广州市人民检察院。

上诉人（原审被告人）许霆，男，1983年2月7日出生于山西省襄汾县，汉族，高中文化，住所地山西省临汾市尧都区郭家庄社区向阳路西4巷3号。因涉嫌犯盗窃罪于2007年5月22日被羁押，同年6月5日被刑事拘留，7月11日被逮捕。现押于广州市天河区看守所。

辩护人张新强，广东天胜律师事务所律师。

辩护人郭向东，北京万商天勤律师事务所律师。

广东省广州市中级人民法院审理广州市人民检察院指控原审被告人许霆犯盗窃罪一案，于2007年11月20日作出（2007）穗中法刑二初字第196号刑事判决，认定被告人许霆犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；追缴被告人许霆的违法所得175 000元发还广州市商业银行。宣判后，原审被告人许霆不服，提出上诉。本院于2008年1月9日作出（2008）粤高法刑一终字第5号刑事裁定，撤销广州市中级人民法院（2007）穗中法刑二初字第196号刑事判决，发回广州市中级人民法院重新审判。广州市中级人民法院另行组成合议庭，于2008年3月31日作出（2008）穗中法刑二重字第2号刑事判决。原审被告人许霆不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，于2008年5月22日公开开庭审理了本案。广东省人民检察院指派代理检察员黄蕾、李和亮出庭履行职务，上诉人许霆及其委托辩护人张新强、郭向东到庭参加诉讼。现已审理终结。

原判认定，2006年4月21日晚21时56分，被告人许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡到广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机（ATM）准备取款100元，许霆在自动柜员机上无意中输入取款1 000元的指令，柜员机随即出钞1 000元。许霆经查询，发现其银行卡中仍有170余元，意识到银

行自动柜员机出现异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账,于是在当晚21时57分至22时19分、23时13分至19分、次日零时26分至1时06分三个时间段内,在该自动柜员机持上述银行卡指令取款170次,共计取款174 000元。许霆还将柜员机出现异常的情况告知同事郭安山,郭亦采取同样的手段共计取款19 000元。同月24日下午,许霆携款逃匿。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案,且至今未退还赃款。另查明,许霆取款的柜员机于2006年4月21日17时许由运营商广州某公司进行系统升级后出现异常,经核查发现该自动柜员机对于1 000元以下(不含1 000元)的取款交易正常;1 000元以上的取款交易,每取1 000元按1元形成交易报文向银行主机报送,即持卡人输入取款1 000元的指令,自动柜员机出钞1 000元,但持卡人账户实际扣款1元。

原判认定上述事实的证据有广州市商业银行出具的报案陈述、被告人许霆的银行账户开户资料、涉案柜员机的完整流水记录数据、涉案账户取款交易明细、被告人许霆的银行卡账户流水清单、监控录像截图、证人黄某某、卢某、赵某某的证言及郭安山、许霆的供述等。

原判认为,被告人许霆以非法占有为目的,采取秘密手段窃取银行经营资金的行为,已构成盗窃罪。许霆案发当晚第一次取款1 000元,是在正常取款时,因自动柜员机出现异常,无意中提取的,不应视为盗窃,其余170次取款,其银行卡账户被扣账的174元,不应视为盗窃,许霆盗窃金额共计173 826元。许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应适用"无期徒刑或者死刑,并处没收财产"的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第六十三条第二款、第六十四条和最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第三条、第八条的规定,判决:

一、被告人许霆犯盗窃罪,判处有期徒刑五年,并处罚金二万元。

二、追缴被告人许霆的犯罪所得173 826元,发还受害单位。

许霆上诉提出:1. 原判认定柜员机异常是因计算机系统升级造成,该事实没有证据证实,缺乏升级记录等证据,故认定柜员机异常的事实不清,证据不足;2. 原判定性错误。上诉人实施的是交易行为,不是"秘密窃取",不符合盗窃罪的客观构成要件。故上诉人的行为不构成盗窃罪。

其辩护人提出:1. 原判依然存在事实不清,证据不足的情形。原判认定涉案柜员机发生故障,却没有对柜员机进行司法鉴定,故申请对涉案柜员机进行司法鉴定,以证实柜员机确实发生了故障及发生什么故障,从而进一步证实许霆确实是取1 000元而

银行卡账户只扣款1元的事实;2. 许霆的取款行为不符合盗窃罪的犯罪构成要件。因许霆的取款行为是完全公开的,不具备"秘密性",许霆取款并没有违背银行的意志,是按照柜员机操作程序的提示经银行许可才取到款的,其行为没有侵犯银行对财产的处分权,不是"窃取",故许霆的取款行为不属于"秘密窃取",不构成盗窃罪;3. 许霆虽是恶意取款,但系柜员机的故障所造成,许霆的取款行为是与柜员机的双向交易行为,现行法律对这种行为是否构成犯罪没有明文规定,依照"法无明文规定不为罪"、"疑罪从无"的刑事基本原则,应当判处许霆无罪才能取得良好的法律效果和社会效果;4. 本案属于电子支付差错,属于民事纠纷。辩护人还向本院提供了《广州市商业银行羊城借记卡章程》,其中第四条规定了"凡密码相符的交易均视为持卡人的合法交易,持卡人须对该交易负责",辩护人并据此认为由于许霆取款时使用的是正确的密码,故其取款行为不具有刑事违法性。

广东省人民检察院出庭履行职务的代理检察员认为,上诉人许霆恶意取款的行为在主观上具有非法占有的目的,客观上采取了秘密窃取的手段取得银行财产,其行为符合盗窃罪的构成要件,且属于盗窃金融机构,数额特别巨大。原判认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确。原判还考虑到许霆盗窃行为的特殊情况,对许霆在法定刑以下判处刑罚,量刑适当。故建议驳回上诉,维持原判。

经审理查明,2006年4月21日晚21时50分许,上诉人许霆持其本人于同年2月6日在广州市商业银行开户的卡号为6224673131003233003的银行借记卡,去到广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行离行式自动柜员机(ATM)上取款,其同伴郭安山(已被判刑)在附近等候。许霆所持银行借记卡不具备透支功能,账户余额为176.97元。当晚21时56分,许霆将银行卡插入柜员机,输入密码并查询账户余额后准备取款100元,但由于操作不当,无意中输入了取款1 000元的指令,柜员机随即出钞1 000元。许霆立即查询该卡账户余额,发现余额几乎没有变化,便意识到该自动柜员机出现了异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账,许霆于是从当晚21时57分至22时19分,连续操作54次,每次指令取款1 000元,共计取款54 000元。此时,郭安山亦来到该自动柜员机旁找许,二人回到许霆宿舍,许霆将该柜员机出现异常的情况告诉了郭安山。尔后,二人又返回该柜员机处,许霆于当晚23时13分至19分又持上述银行卡连续取款16次,每次亦取款1 000元,共计取款16 000元。郭安山亦用自己的农业银行借记卡取款3 000元。随即二人回到许霆宿舍,许霆拿了一个塑料袋和郭安山再次来到该柜员机处,郭安山先取款5 000元后,许霆又于次日零时26分至1时06分仍采取上述方法取款100次,其中指令取款1 000元操作96次,指令取款2 000元操作4次,共计取款104 000元。综上,许霆累计取款171次,取款金额175 000元,而其银行账户仅只被扣款175元。同月24日下午,许霆携款逃匿。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市火车站被抓获归案,至今未退还赃款。

另查明，涉案的广州市商业银行自动柜员机于2006年4月21日16时许由运营商广州某公司进行完系统升级维护，并将原有软件系统对金额的表示方式改成国际货币通用的带千分符的表示方式，如将1 000改为1,000。升级维护完成后，广州市商业银行对该柜员机加钞人民币20万元。同月22日、23日是双休日，同月24日(星期一)上午，广州市商业银行对全行离行式自动柜员机进行例行检查时，发现该机出现异常，即通知运营商派员一起到现场开机查验。经核查，发现该自动柜员机在系统升级后出现异常，1 000元以下(不含1 000元)取款交易正常；1 000元以上的取款交易，用户输入1 000元，柜员机系统错误地将“1 000”转换为“1”形成交易报文向银行主机报送，而银行主机也仅按照1元的交易金额接纳该笔交易并从用户账上扣款，而柜员机则仍按照1 000元的金额吐款。即持卡人输入取款1 000元的指令，自动柜员机出钞1 000元，但持卡人账户实际扣款1元。造成这种情况的原因是操作人员在对柜员机软件升级时操作失误，导致柜员机的数字字符处理出错。

上述事实有下列证据证实：

1. 受害单位广州市商业银行出具的报案陈述，即《关于持卡人许霆、刘阳等在我行ATM机恶意操作非法占有我行资金的情况报告》及所附《事件过程描述》、《案发后银行安保部和设备供应商处理过程》，证实：2006年4月24日(星期一)上午广州市商业银行恒福支行ATM机管理中心在对全行离行式ATM机交易情况进行电脑监控时，发现安装在黄埔大道西平云路163号的离行式ATM机在4月21日晚出现取款交易异常，经通知运营商一并到现场进行开机清点查验和监控录像查看，发现ATM机短款196 004元。经查看流水日志，发现该ATM机在1 000元以下(不含1 000元)取款交易正常，但对取款超过1 000元以上的取款交易，ATM机则按1元的金额形成交易报文向银行主机报送。造成上述情况的原因是运营商于2006年4月21日17时对该机升级系统后出现异常。经核查开户资料及监控录像，发现4月21日21时56分至4月22日12时34分，许霆和刘阳(系郭安山所冒名)持卡号为6224673131003233003和6224673131008621707的广州市商业银行借记卡、刘阳持卡号为9559982409453469513的农业银行卡，连续恶意操作，取款186次，共涉及多占金额193 806元。另有卡号为6224673131003532503和9559980081451094718的2名客户取款2笔，涉及多占金额2 198元。该行监察保卫部接报后，即派员根据许霆的开户资料找到许的单位，发现许霆已于4月24日下午从单位突然请假回山西老家，拨其手机无人接听，随即联系许霆的求职担保人要求协助通知许霆退款，亦未果，因而报案。

2. 广州市商业银行提供的上诉人许霆的开户资料，证实：上诉人许霆的银行借记卡账户于2006年2月6日开立，借记卡卡号为6224673131003233003。并预留了身份证复印件。

3. 广州市商业银行提供的涉案柜员机的《完整流水记录效据》和《涉案账户取款

交易明细》(从流水数据中手工统计),证实:卡号为6224873131003233003的银行卡于2006年4月21日21时56分03秒插卡,先查询了余额,21时56分41秒成功取款1000元,又于21时57分09秒查询余额。紧接着该卡从21时57分21秒至22时20分21秒共取款55次,每次1000元,其中最后一次交易失败,取款金额共计54000元;该银行卡又于同日23时12分57秒插卡,又查询余额后,于23时13分23秒至23时19分59秒共取款16次,每次1000元,取款金额共计16000元;该银行卡于同日23时23分05秒第三次插卡,查询余额后于23时23分33秒欲取款1000元,交易失败,未取出款项;次日凌晨0时26分04秒再次插卡,于0时26分22秒至1时6分22秒共取款100次,前96次每次取款1000元,后4次每次取款2000元,取款金额共计104000元。以上合计,卡号为6224673131003233003的银行卡共计取款173次,其中2次失败,171次成功取款,取款金额共计175000元。

4. 广州市商业银行提供的《账户流水清单》,证实:2006年4月21日至次日,卡号为6224673131003233003的银行卡(户名为许霆,账号为10245703100018)在涉案自动柜员机上先后取款171次,该账户原有存款余额176.97元,分三个时间段取款,其中4月21日22时07分至22时30分,成功取款55次,每次扣账1元;4月22日23时24分至23时30分,先后取款16次,每次扣账1元;4月22日0时37分至1时17分,先后取款100次,其中96次每次扣账1元,4次每次扣账2元。以上共计成功取款171次,扣账175元。

5. 广州市商业银行出具的《关于我行综合业务系统交易日期切换机制的说明》及证人黄某(广州市商业银行科技研发部员工)的证言,证实该行综合业务系统在每日晚十一时左右开始进行日终处理,同时切换系统会计日期,在进行系统会计日期切换后,把新的会计日期作为交易日期进行记账;另该行《账户流水清单》显示的交易时间比柜员机的《完整流水记录数据》记录的交易时间要快近11分钟,其原因是因前者快了近11分钟,后者显示的才是北京时间。

上述证据解释了许霆于2006年4月21日晚23时13分23秒至23时19分59秒取款16次,而在《账户流水清单》上却显示为4月22日晚23时24分17秒至23时30分53秒,《账户流水清单》上显示许霆其他取款时间都比许霆实际取款时间快近11分钟的原因。

6. 广州市商业银行提供的银行监控录像光碟及经上诉人许霆签认的银行监控录像截图,证实了许霆及郭安山于2006年4月21日、22日在涉案自动柜员机上取款的事实。

7. 二审中本院根据许霆辩护人的申请,分别向广州市商业银行及涉案柜员机运营商广州某公司调取相关证据。广州市商业银行出具了《关于调取许霆盗窃案中相关证据的复函》及涉案柜员机案发前的加钞记录、ATM机业务差错登记表,证实该行于

2006 年 4 月 21 日 6 时 50 分 55 秒对涉案柜员机加钞 2 000 张人民币 100 元面额的钞票，至同月 24 日发现该柜员机出现差错，短款 196 004 元，出现差错的具体原因是运营商 ATM 机软件的故障。

涉案柜员机运营商广州某公司出具了《关于调取许霆盗窃案中相关证据的复函》及涉案柜员机的升级记录，证实该公司和广州市商业银行的工作人员一起于 2006 年 4 月 21 日 15 时许到达涉案柜员机现场，先由银行工作人员对柜员机进行结账和清钞等工作后，再由运营商进行升级维护，最后再由银行加钞。柜员机出现异常的具体技术原因是因该公司工程师在对涉案柜员机进行了升级包的安装后，将金额的表示方式改成国际货币通用的带千分符的表示方式，即将"1 000"表示成"1,000"，但在软件调整时出现操作失误，持卡人输入取款金额后，在交易报文处理的代码中使用标准 API 函数 atoi，将字符串表示的金额转为整型数据，如 1 000 = atoi（"1 000"），将字符串"1 000"转为数据 1 000；而将输入金额使用千分符格式化后，atoi（"1,000"）转换的结果为数据 1，因 atoi 将需转换的字符串以非数字字符自动结束。

上述证据均经二审庭审质证，与本案其他证据相吻合，可以认定。

8. 证人黄某某、卢某（均系广州市商业银行员工）的证言，均证实了他们于 2006 年 4 月 24 日发现涉案柜员机出现了异常及具体异常情况，后经核查发现主要取款人是许霆，但他们去许霆单位找许时据许的领导称许霆已离开了广州的事实。

9. 证人赵某某（许霆所在广州市打工单位的保安部部长）的证言，证实了 2006 年 1 月份许霆入职其所在单位作保安，同年 4 月 24 日上午许霆向他提出要辞职，理由是回山西老家考公务员。当天下午广州市商业银行工作人员来找他了解许霆的情况，他当时好像拨了许霆的电话但没人接，随即用手机发了短信给许霆，要许回来结工资或留下联系方式以便将工资寄给他，当时许霆复了短信，内容是工资就不要了。

赵某某从 10 张不同男子的照片中辨认出上诉人许霆就是他单位的保安员。

10. 西安铁路公安处宝鸡车站公安派出所出具的《抓获经过》、广州市公安局天河区分局冼村派出所出具的《抓获情况说明》，证实：上诉人许霆于 2007 年 5 月 22 日在陕西省宝鸡市欲乘火车前往北京时，被宝鸡市火车站车站公安派出所民警抓获，随后被广州市公安局天河区分局带回审查。

11. 广州市天河区人民法院于 2007 年 5 月 21 日作出的（2007）天法刑初字第 560 号《刑事判决书》，认定了许霆与郭安山于 2006 年 4 月 21 日至 4 月 22 日在广州市商业银行自动柜员机非法取款的事实，并以盗窃罪判处郭安山有期徒刑一年，并处罚金 1 000 元。

12. 郭安山对其听许霆说柜员机出现故障后持卡取款的事实供认不讳，并对许霆作出了辨认。

13. 上诉人许霆亦供述了他于 2006 年 4 月 21 日晚 9 时许到涉案柜员机取款时，他

明知自己所持广州市商业银行借记卡只有100多元,本只准备取100元,但无意中输入了1 000元,而柜员机竟真的吐出1 000元,他经查询余额后知道柜员机出现了异常,便又于当晚至次日凌晨1时许采取每次输入1 000元或2 000元的方式取款,共计取了174 000元,并于同月24日携款潜逃的事实。

许霆亦通过照片对郭安山辨认无误;并指认出广州市黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机就是他取款的地点。

本院认为,本案事实清楚,证据确实、充分。根据广州市商业银行提供的涉案柜员机的《完整流水记录数据》及《涉案账户取款交易明细》,证实上诉人许霆的银行卡于案发时在涉案柜员机共成功取款171笔,其中167笔取款1 000元、4笔取款2 000元,共计取款175 000元,而该行提供的许霆银行卡账户的《账户流水清单》记录了账户扣款流水数据,证实许霆的银行卡账户在案发前余额为176.97元,案发时共取款171笔,其中167笔扣1元、4笔扣2元,共计扣款175元。上述书证均系银行原始的记账凭证,所记录的流水数据与许霆本人供述的查询余额情况、取款次数、取款金额、账户余额及扣款金额均能相互对应和吻合,足以证实许霆的银行卡在自动柜员机上取款1 000元而账户只扣1元、取款2 000元账户只扣2元,许霆共取款175 000元,其账户共扣就175元的事实,广州市商业银行提供的书面报案材料及其工作人员黄某某、卢某的证言,证明了自动柜员机的异常是由于运营商对涉案柜员机进行系统升级造成,二审中本院调取的柜员机运营商出具的柜员机升级记录及相关说明,进一步证实了涉案柜员机在升级维护中由于操作失误出现了异常及具体技术原因,从而出现在该柜员机上取款1 000元而账户只扣1元、取款2 000元账户只扣2元的故障,许霆及郭安山的供述亦印证了涉案柜员机出现的具体故障情况。上述大量的证据相互印证,已经形成了完整的证据链,足以证实许霆在首次取款后明知柜员机出现了故障,再恶意取款170次174000元,而其账户只扣款174元的事买,尽管本案没有对涉案柜员机进行司法鉴定,但认定该柜员机出现了故障及出现何种故障、出现故障的具体原因均已查明,是否对涉案柜员机作出司法鉴定并不影响对本案事实的认定。故对辩护人提出的要求对涉案柜员机进行司法鉴定的申请不予采纳。

对于辩护人向本院提交的《广州市商业银行羊城借记卡章程》第4条规定,本院认为,该书证与本案缺乏关联性。《广州市商业银行羊城借记卡章程》第4条的全部内容是:“持卡人应妥善保管本卡,谨记密码,并不得向他人泄露。持卡人使用本卡时必须输入正确的密码,凡密码相符的交易均视为持卡人的合法交易,持卡人须对该交易负责。”从该规定的全部内容来看,这是银行提醒持卡人应当妥善保管银行卡和密码,任何人持有银行卡并输入了正确的密码,所发生的后果均由持卡人负责。该《章程》第20条规定,《章程》由广州市商业银行负责解释,正如该行对此出具的解释所称,“凡密码相符的交易均视为持卡人的合法交易,持卡人须对该交易负责”的意思是“对密码相符

的交易视为持卡人本人的交易，而非他人的交易，持卡人须对交易后引起的一切后果负责”。故上述规定仅只是银行设立的当非持卡人本人持卡和密码取款发生纠纷时的银行免责条款，其合法性是特指凡密码相符的交易行为产生的法律后果及于持卡人的法律效力而言，并没有对交易行为是否正当等其他方面进行合法性评价。如利用盗、抢得他人的银行卡和密码到柜员机取了款，显然是非法的，但因密码正确，银行却可以依照该规定视为该交易合法，对持卡人的损失不承担责任；另外，判断许霆行为是否具有刑事违法性要看许霆的行为是否触犯了刑法的规定，许霆取款时虽使用了正确的密码，但仅只是说明许霆取款的手续符合柜员机的操作要求，取款的交易后果及于持卡人，不能仅因此就能得出其整个取款行为合法的结论。持银行卡取款时输入正确的密码这是基本的要求，但不是判断整个取款行为是否合法的唯一要求，取款同时还要本着诚实信用原则，不得侵犯他人的财产所有权，故对于辩护人在二审期间提供的该份证据因与本案缺乏关联性，不能因此得出许霆取款行为合法的结论，本院不予认定。

综上，本院对于许霆及其辩护人提出的本案事实不清、证据不足的意见不予采纳。

本院还认为，许霆恶意取款的行为已经构成了犯罪，触犯了刑法第264条第1项的规定，应当按照盗窃罪予以处罚。其理由如下：

（一）许霆恶意侵犯公共财产所有权的行为具有严重的社会危害性。

许霆第一次在柜员机取款并多占有银行999元的利益属于民法上的不当得利，不是盗窃行为。因为许霆第一次取款时系无意中误输入1 000元的取款金额而导致多占有银行999元，许霆既不是故意要超余额取款，也不可能预见到银行柜员机出错会出现取1 000元只从账上扣款1元的情况，故其主观上既没有非法占有银行财产的故意，也没有过失，其行为性质不是侵权行为更不是犯罪行为。但许霆多占有银行999元的利益没有法律上的依据，属于民法上的不当得利，应当由民事法律来调整。

但是，许霆通过第一次无意的多取款并查询余额后，明知柜员机出现了异常并能够多占有银行资金，连续取款170次，取款金额达174 000元，非法占有银行财产173 826元，尔后又携款潜逃，至今都未能退赃。许霆的上述行为已经属于一种严重侵权行为，不仅严重侵犯了公共财产的所有权，给国家财产造成了巨大损失，还危害了国家金融机构正常的金融秩序，损害了金融安全，具有严重的社会危害性。

（二）上诉人许霆恶意取款的行为具有刑事违法性，符合盗窃罪的犯罪构成要件。

首先，许霆主观上具有非法占有银行财产的故意。许霆在明知柜员机出现上述异常后，竟然在3个多小时内连续170次恶意取款，其行为相对第一次无意多取款的行为发生了本质的变化，从没有犯罪意图到临时产生了非法占有银行资金的故意。第一，许霆在第一次取款并通过查询银行卡余额后，已经明知柜员机出现了异常，能够超出余额取款且不能如实扣账，每次取款都能非法占有银行资金；第二，许霆利用柜员机的异常，主动多次实施取款行为，积极追求非法占有银行财产的目的；第三，许霆在取款

后为逃避法律责任,又携款潜逃,最终实现非法占有银行财产的目的。上述事实充分说明了许霆主观上具有侵犯公共财产所有权的故意,其取款行为的目的就是为了非法占有银行财产。

其次,许霆客观上实施的非法取款的手段符合"秘密窃取"的特征。盗窃罪中规定的"秘密窃取"指的是行为人采取自认为不被财物所有人或保管人当场发觉的方法,违背财物所有人保管人的意志,利用非暴力的手段取得财物的行为。即"秘密"具有主观性、相对性的特点,主观性指的是行为人主观上自认为其行为未被发觉,至于实际是否被发觉并不影响秘密性的成立,相对性指的是行为的秘密性只是相对于财物所有人或保管人而言,即只要行为人自认为不会被财物所有人或保管人发觉即可,至于是否会被其他第三人或财物所有人、保管人设置的工具发觉不受影响。秘密性还只相对于行为实行的当时而言,至于行为事后是否会被发觉亦不影响秘密性的成立。而"窃取"指的是行为人的行为具有违背财物所有人、保管人的意志性和手段的非暴力性。本案中,柜员机只是银行用于经营、保管资金的智能工具,当柜员机出现故障时,已不能正确执行和代表银行的意志。许霆利用银行柜员机出现的故障,并趁银行工作人员尚未及时发觉柜员机的故障并对该柜员机采取有效保护措施之机,连续170次恶意取款。许霆取款时不仅明知柜员机出现了故障,而且通过第一次取款的成功,知道银行工作人员不会当场察觉到其恶意取款行为,且事实上银行也是直到许霆作案后第三天才发觉。上进事实足以说明许霆主观上产生了其非法占有银行财产的行为不会被银行工作人员当场发觉的侥幸心理,虽然许霆持有的是其本人的银行卡,柜员机旁亦有监控录像,这些都只是使银行事后能够查明许霆的身份,但不足阻使银行能够当场发觉并制止许霆的恶意取款行为,所以许霆的行为具有"秘密性"特征;许霆持不具备透支功能的银行借记卡超余额取款,且每次取款银行卡账上都不能如实扣款,其恶意取款的行为之所以能够实现,是因为柜员机出现了异常,不能正确执行银行的指令,所导致出现的不如实扣账等故障情况违背了银行的真实意思,故许霆非法占有银行资金的行为显然违背了银行的意志,许霆取款时虽然输入了正确的密码,但由于许霆是基于非法占有银行资金的这一犯罪目的进行取款,在此前提下,其操作取款行为只是许霆非法占有银行财产的一种手段,密码是否正确并不影响行为的定性,仅说明其行为具有非暴力性。综上,许霆的恶意取款行为完全符合"秘密窃取"的法律特征。

最后,许霆的行为属于盗窃金融机构,且数额特别巨大。根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:"刑法第二百六十四条规定的盗窃金融机构,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。"本案中,自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金,许霆盗窃自动柜员机中资金的行为依法属于

“盗窃金融机构”的行为;许霆共计取款成功 171 次,取款金额共计 175 000 元,其银行卡账上共计被划扣 175 元。许霆首次取款的 1 000 元,因其不具备犯罪意图,不计为盗窃金额,其后 170 次共计取款 174 000 元,但银行为此从许霆银行卡账上扣款 174 元,许霆实际只非法占有银行资金 173 826 元。故认定许霆盗窃银行经营资金共计 173 826 元,依法属于数额特别巨大。

(三)许霆的恶意取款行为具有应受刑罚处罚性。

许霆的恶意取款行为已经不是民事侵权行为,其主观恶性及违法程度已经远远超出了民事违法的范畴,如果不受刑罚制裁,就不足以防止类似行为的出现,不能实现刑罚的预防目的。许霆没有法定的不承担刑事责任的情形,应当按照刑法相关规定处罚。

许霆的行为已经构成盗窃罪,且属盗窃金融机构,数额特别巨大,许霆没有法定减轻处罚情节,如仅适用刑法分则关于盗窃罪的规定,应当判处无期徒刑以上刑罚。但是,许霆的犯罪对象、犯罪手段、犯罪条件等具有特殊性:第一,许霆取款的柜员机出现了故障,已非正常的“金融机构”。许霆并无犯罪预谋,正是偶然发现了柜员机的异常情况才临时产生犯意,许霆的盗窃行为之所以得逞,除了其本人主动实施恶意取款行为外,柜员机的故障客观上提供了便利。许霆的犯罪是一个从量变到质变的发展过程,随着许霆不停的恶意取款,柜员机的故障亦助使其得逞,导致许霆的主观恶性越来越大,社会危害性越来越严重;第二,许霆的行为虽然构成了盗窃罪,但其采取的犯罪手段在形式上合乎柜员机取款的要求,与采取破坏柜员机或进入金融机构营业场所内部盗窃等手段相比,其社会危害性要小;第三,许霆的犯罪极具偶然性,是在柜员机出现故障这样极为罕见和特殊的情形下诱发的犯罪,类似情况难以复制和模仿,对许霆课以适度的刑罚就能够达到刑罚的预防目的,没有必要对其判处无期徒刑以上刑罚。考虑到上述特殊情况,许霆具有可以减轻处罚的酌定情节,如果仅只适用刑法分则的规定,对许霆在法定量刑幅度内判处最低刑罚仍属过重,有违刑法总则中所规定的罪责刑相适应的基本原则。故对于许霆可以依照刑法总则第 63 条的规定,鉴于本案有可以在法定刑以下量刑的特殊情况,尽管许霆至今未退赃,但仍然可以在法定刑以下判处刑罚。

对于本案的量刑,既要考虑到许霆行为具有严重的社会危害性,构成了盗窃罪,属于盗窃金融机构,数额特别巨大,又要充分考虑到许霆犯罪的偶然性及特殊性,对其在法定刑以下量刑既符合刑法关于罪责刑相适应的原则,又充分体现了法律效果与社会效果的统一。我国是适用成文法的国家,成文法始终存在一定的滞后性,无法包罗所有的犯罪现象和犯罪特征,很多酌定从严、从宽的量刑情节无法在已存的法律中规定。所以对被告人量刑既要考虑到法定情节,又要考虑到酌定情节及个案的特殊情况,只有将二者结合起来,综观全案妥善处理,才能最大限度地发挥条文法的优越性,弥补条

文法的滞后性,充分体现法律效果与社会效果的统一。

综上所述,上诉人许霆以非法占有为目的,秘密窃取金融机构的经营资金,数额特别巨大,其行为侵害了刑法所保护的社会关系即公私财产的所有权,具有严重的社会危害性、明显的刑事违法性和应受刑罚处罚性,已构成盗窃罪。对于许霆及其辩护人提出不构成犯罪的上诉理由及辩护意见均不予采纳。但鉴于许霆是在偶然发现柜员机出现异常后临时起意犯罪、只是利用柜员机的故障通过持卡取款的方式实施犯罪等特殊情况,其犯罪的主观恶性、犯罪情节和社会危害性的严重程度要比有预谋盗窃或采取破坏性手段盗窃柜员机内的资金轻,虽然许霆没有减轻处罚的法定情节,但依照刑法罪责刑相适应的基本原则,仍可对其在法定刑以下量刑。原判认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第1项及《中华人民共和国刑法》第63条第2款的规定,裁定如下:

驳回上诉,维持原判。

本裁定依法报请最高人民法院核准。

二〇〇八年五月二十三日

5. 最高人民法院裁定书

中华人民共和国最高人民法院
刑事裁定书

（2008）刑核字第18号

被告人许霆，男，汉族，1983年2月7日出生于山西省襄汾县，高中文化，农民工，住所地山西省临汾市尧都区郭家庄村。2007年7月11日被逮捕。现在押。

广东省广州市中级人民法院审理广州市人民检察院指控被告人许霆犯盗窃罪一案，于2007年11月20日以（2007）穗中法刑二初字第196号刑事判决，认定被告人许霆犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，许霆提出上诉。广东省高级人民法院于2008年1月9日以（2008）粤高法刑一终字第5号刑事裁定，撤销原判，发回重审。广州市中级人民法院依法另行组成合议庭进行重新审理后，于2008年3月31日以（2008）穗中法刑二重字第2号刑事判决，认定被告人许霆犯盗窃罪，在法定刑以下判处有期徒刑5年，并处罚金人民币2万元。宣判后，许霆提出上诉。广东省高级人民法院经依法公开开庭审理，于2008年5月23日以（2008）粤高法刑一终字第170号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核。现已复核终结。

经复核确认：2006年1月，被告人许霆被广州市粤华物业有限公司聘任为保安员。同年4月21日时许，许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡，到位于广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机前准备取款100元，同行的郭安山（已判刑）在附近等候。当许霆在自动柜员机上无意中输入取款1 000元的指令后，柜员机即出钞1 000元。许霆经查询，发现其银行卡中仍有170余元，意识到银行自动柜员机发生故障，能够超出账户余额取款且不如实扣账。于是，许霆先后于21时57分至22时19分、23时13分至19分、次日零时26分至1时06分的三个时间段内，在该自动柜员机170次主动指令取款174 000元，而其账户实际被扣账174元。郭安山从许霆处得知该台自动柜员机出现异常后，亦采取同样手段先后取款19 000元。同月24日下午，许霆辞职后携款逃匿。2007年5月22日，公安人员在陕西

省宝鸡市将许霆抓获归案。许霆至今未退还赃款。

另查明,2006年4月21日16时许,运营商广州某公司对涉案的自动柜员机进行系统升级。4月22日、23日是双休日。4月24日上午,广州市商业银行对全行离行式自动柜员机进行例行检查时,发现涉案的自动柜员机出现异常,即通知运营商一起到现场开机查验。经核查,发现该自动柜员机在系统升级后出现异常,1 000元以下(不含1000元)取款交易正常;1000元以上的取款交易,每取1000元按1元形成交易报文向银行主机报送,即持卡人输入取款1 000元的指令,自动柜员机出钞1 000元,但持卡人账户实际扣款1元。

上述事实,在第一审、第二审开庭审理中质证的被告人许霆的银行开户资料,广州市商业银行提供的涉案自动柜员机的《完整流水记录数据》、《账户流水清单》、银行监控录像,运营商广州某公司《关于调取许霆盗窃案中相关证据的复函》,证人黄敏穗、卢刚、赵仕彬的证言,同案被告人郭安山的供述,公安机关关于抓获被告人许霆的证明材料等证据证实。被告人许霆亦供认。足以认定。

本院认为,被告人许霆持不具有透支功能的银行借记卡在银行的自动柜员机取款时,发现自动柜员机发生故障,在明知自己的银行卡内只有170多元的情况下,乘银行工作人员尚未发现之机,非法取款174 825元,并携款潜逃的行为,已构成盗窃罪。许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应判处无期徒刑以上刑罚。但考虑到许霆是在发现自动柜员机发生故障的情况下临时起意盗窃,其行为具有一定的偶然性,与有预谋、有准备盗窃金融机构的犯罪相比,主观恶性相对较小;许霆是趁自动柜员机发生故障之机,采用输入指令取款的方法窃取款项,与采取破坏手段盗窃钱财相比,犯罪情节相对较轻,对许霆可以适用《刑法》第63条第2款的规定,在法定刑以下判处刑罚。第一审判决、第二审裁定认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑法》第63条第2款和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第270条的规定,裁定如下:

核准广州省高级人民法院(2008)粤高法刑一终字第170号维持第一审以盗窃罪在法定刑以下判处被告人许霆有期徒刑5年,并处罚金人民币2万元的刑事裁定。

本裁定自宣告之日起发生法律效力。

二〇〇八年八月二十日

[General Information]
书名=中国疑难刑事名案法理研究　第四卷
作者=赵秉志著
页数=486
SS号=12128818
出版日期=2008.12
出版社=北京市：北京大学出版社
DX号=000006655914
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=
000006655914&d=759FA50658FD9A029DF67CE88D696290